

Aksjelovenes § 3-8 annet ledd

- **Gyldighetsbetingende saksbehandlingsregler?**



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 599
Leveringsfrist: 25.4.2012

Til sammen 17 993 ord

25.04.2012

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Oppgavens tema	1
1.2	Nærmere om problemstillingene	2
1.3	Oppgavens aktualitet	6
1.4	Rettskildesituasjonen	8
1.5	Terminologi	9
1.6	Avgrensinger og videre fremstilling	10
2	<u>EN INNFORING I SAKSBEHANDLINGSREGLENE</u>	<u>11</u>
2.1	Utgangspunkter	11
2.2	Styrets redegjørelse	12
2.2.1	Utgangspunkter	12
2.2.2	Beskrivelse av avtalen	12
2.2.3	Forhold som kan være av betydning for avtalen	13
2.2.4	Særskilt verdierklæring	14
2.2.5	Opplysninger om vurderingsprinsipper	16
2.2.6	Særlig om undertegningen av redegjørelsen	16
2.3	Revisorerklæringen	17
2.3.1	Utgangspunkter	17
2.3.2	Revisorerklæringen i aksjeselskaper	17
2.3.3	Revisorerklæringen i allmennaksjeselskaper	18
2.4	Innmelding av redegjørelsen til Foretaksregisteret	19
2.4.1	Fristens utgangspunkt	19
2.4.2	Fristens lengde	20
2.5	Redegjørelsen som vedlegg til innkallingen	20

3 GYLDIGHETSBETINGENDE SAKSBEHANDLINGSREGLER? EN DRØFTELSE DE LEGE FERENDA.

21

3.1 Problemstillingen

21

3.2 Formålsbetraktninger

22

3.2.1 De legislative hensyn bak aksjelovenes § 3-8

22

3.2.1.1 Vanskeliggjøring av etterstiftelser

23

3.2.1.2 Ivaretagelse av den alminnelige likhetsgrunnsetningen

25

3.2.1.3 Beskyttelse av generelle kreditorinteresser

26

3.2.2 Taler de legislative hensyn for gyldighetsbetingende saksbehandlingsregler?

26

3.2.2.1 Utgangspunkter

26

3.2.2.2 Formålenes tilsiktede vern av selskapets kreditorer

26

3.2.2.2.1 Kreditorvernets rekkevidde: Materielle begrensninger for avtaleinnholdet eller synliggjøring av kapitalsvekkende transaksjoner?

26

3.2.2.2.2 Materielle begrensninger for avtaleinnholdet - Forholdet til utdelingsreglene

29

3.2.2.2.3 Synliggjøring av kapitalsvekkende transaksjoner

31

3.2.2.3 Formålenes tilsiktede vern av minoritetsaksjonærer

32

3.2.2.3.1 Aksjonærvernets rekkevidde: Materielle begrensninger for avtaleinnholdet eller synliggjøring av kapitalsvekkende transaksjoner?

32

3.2.2.3.2 Synliggjøring av kapitalsvekkende transaksjoner

34

3.2.2.4 Konklusjon

34

3.3 Reelle hensyn

35

3.3.1 Selskapsinteresser – Særlig om konserninterne avtaleinngåelser

36

3.3.2 Medkontrahentens interesser

40

3.4 Sammenfatning

42

4 SAKSBEHANDLINGSREGLER UTEN UGYLDIGHETSVIRKNINGER - KAN OVERTREDELSE ALLLIKEVEL MEDFØRE UGYLDIGHET? EN DRØFTELSE DE LEGE LATA.

44

4.1 Problemstillingen

44

4.2 Kort om saksforholdet i Rt. 2003 s. 1501

45

4.3 Saksbehandlingsfeil som mulig grunnlag for ugyldighet

46

4.4	Spørsmålet om kausalitet	49
4.4.1	Eksistensen av et kausalitetskrav	49
4.4.2	Kausalitetskravets innhold	51
4.4.2.1	Kausalitetskravet i Rt. 2003 s. 1501	51
4.4.2.2	Kausalitetskravet i aksjelovenes § 3-8	52
4.5	Konklusjon	55
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>55</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>57</u>

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Kompetansen til å binde et aksjeselskap eller et allmennaksjeselskap¹ ved avtale, ligger i utgangspunktet hos selskapets styre eller daglige leder, jf. aksjelovenes §§ 6-30 og 6-32.² Dersom det er tale om avtaleinngåelser i tråd med selskapets vedtektsbestemte virksomhetsangivelse, er således hovedregelen at det ikke foreligger noen alminnelig plikt for styret til å fremlegge store eller viktige saker for generalforsamlingen.³

Ved enkelte avtaleinngåelser vil det imidlertid foreligge en slik tilknytning mellom selskapet og deres medkontrahent, at det oppstår en potensiell fare for at avtalen vil avvike fra det markedsmessige, til ugunst for selskapskreditorene og øvrige aksjonærer. Hvor selskapets medkontrahent er en aksjonær, en aksjonærs morselskap, et styremedlem eller selskapets daglige leder, fastsetter derfor aksjelovenes § 3-8 at avtalen ikke er bindende for selskapet, dersom den ikke godkjennes av generalforsamlingen.⁴ Det samme gjelder hvor medkontrahenten er en nærstående av aksjeeier, en nærstående av en aksjeeiers morselskap eller for øvrig opptrer etter avtale eller i forståelse med noen av ovennevnte parter. Hvor styret ikke har innhentet godkjenning fra generalforsamlingen, vil det foreligge en spesiell avtalerettslig tilblivelsesmangel ved avtalen.⁵ I utgangspunktet vil avtalen i så fall være ugyldig.⁶

¹ Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper og lov 13. juni 1997 nr. 45 om allmennaksjeselskaper. Der aksjeloven og allmennaksjeloven er samsvarende, vil disse omtales samlet som aksjelovene. Hvor det foreligger særegenheter ved den enkelte lov vil de identifiseres ved forkortelsene asl./asal.

² Daglig leder har i utgangspunktet kun myndighet til å representere selskapet i saker som inngår i den daglige ledelse, jf. aksjelovenes § 6-32. Da dette ikke omfatter avtaleinngåelser av uvanlig art eller stor betydning, jf. aksjelovenes § 6-14 annet ledd, vil det i utgangspunktet kun unntaksvis være daglig leder som har inngått en avtale som omfattes av aksjelovenes § 3-8. Daglig leders kompetanse kan imidlertid utvides gjennom styrets tildeling av signatur etter aksjelovenes § 6-31, fullmakt etter aksjelovenes § 6-14 tredje ledd eller tildeling av prokura i medhold av lov 21. juni 1985 nr. 80 om prokura.

³ Tore Bråthen, «Selskapers avtaler med sine aksjonærer og medlemmer av ledelsen», *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret*, 2007:3 s. 65-89 (s. 65).

⁴ Konsekvensen av en slik lovpålagt prosedyre, er at styrets generelle myndighet til å representere selskapet utad fravikes, jf. John Sveinsvold, «Kompetanse- og habilitetsregler i aksjeselskap», publisert på www.jusstorget.no punkt 2.16. Ettersom styret ved beslutning i styremøte etter aksjelovenes §§ 6-19 følgende, avgjør hvorvidt en avtale fordrer behandling slik aksjelovenes § 3-8 forespeiler, oppstår det en delt avtalekompetanse mellom styret og generalforsamlingen, se NOU 1996: 3 s. 150.

⁵ Tore Bråthen, «Avtaler mellom selskap og aksjonær i norsk rett» i Iversen, Kristensen, Werlauff (red.) *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*, 1. utgave, København 2003 s. 875-893 (s. 875).

⁶ Geir Woxholth, *Selskapsrett*, 4. utgave, Oslo 2012 s. 174.

Utover det gyldighetsbetingende kravet om godkjenning fra generalforsamlingen etter aksjelovenes § 3-8 første ledd, fordrer bestemmelsen også oppfyllelse av enkelte andre saksbehandlingsregler, jf. aksjelovenes § 3-8 annet ledd. Det kan skilles mellom fire overordnede krav for selskapet. For det første foreligger det en plikt for styret til å sørge for utarbeidelse av en redegjørelse for den aktuelle avtalen. Styret skal for det andre sørge for å innhente en revisorerklæring som bekrefter den forestående redegjørelsen. For det tredje skal redegjørelsen vedlegges innkallingen til generalforsamlingen. Og for det fjerde skal det skje en innmelding av redegjørelsen til Foretaksregisteret.

Tema for denne oppgaven er hvilke rettsvirkninger som inntreffer ved hel eller delvis forbigåelse av disse saksbehandlingsreglene.

Med grunnlag i forarbeidene, må det oppstilles en hovedregel om at aksjelovenes § 3-8 annet ledd inneholder saksbehandlingsregler uten ugyldighetsvirkninger for avtalen.⁷

Den primære problemstillingen er derfor om saksbehandlingsreglene, på bakgrunn av betraktninger de lege ferenda, likevel burde være gyldighetsbetingende for avtalen.

Sekundært vil jeg legge den nevnte hovedregelen til grunn, og drøfte rettstilstanden de lege lata. Problemstillingen er om saksbehandlingsfeil etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd under noen omstendigheter kan ha en slik innvirkning på generalforsamlingens beslutning om å godkjenne avtalen etter aksjelovenes § 3-8 første ledd, at selskapet på dette grunnlag likevel ikke er bundet av avtalen.

1.2 Nærmere om problemstillingene

En felles forutsetning for at problemstillingene skal gjøre seg gjeldende, er at generalforsamlingen har fattet vedtak⁸ om å godkjenne den aktuelle avtalen i medhold av aksjelovenes § 3-8 første ledd. Hvis et slikt vedtak ikke skulle foreligge, er det som

⁷ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48. Se mer i oppgavens punkt 1.2.

⁸ Generalforsamlingens beslutning om å godkjenne eller forkaste avtalen, krever kun simpelt flertall ved stemmeavgivningen, med mindre noe annet er fastsatt i selskapets vedtekter, jf. aksjelovenes § 5-17.

nevnt et ubestridt utgangspunkt at avtalen ikke er bindende for selskapet.⁹ En påvisning av øvrige momenter som kan lede til ugyldighet, synes da lite nødvendig.

Fremstillingen tar for begge problemstillingenes vedkommende utgangspunkt i to offentlige uttalelser, som er gitt i relasjon til spørsmålet om rettsvirkningene ved brudd på aksjelovene § 3-8. Den ene ble inntatt i forarbeidene ved en etterkontroll av aksjelovene i 2006,¹⁰ mens den andre er en rådgivende tolkningsuttalelse gitt av Justisdepartementets Lovavdeling på anmodning fra et norsk advokatfirma i 2008.¹¹ Hva gjelder rettskildeverdien av Lovavdelingens tolkningsuttalelser, må det presiseres at disse kun er av rådgivende karakter for rettsanvender. Det er allikevel uomtvistet at de normalt tillegges atskillig vekt i praksis.¹²

Hva gjelder forarbeidsuttalelsen konstaterte Justisdepartementet følgende:

«Departementet vil for det første bemerke at slik loven er utformet, synes det bare å være overtredelse av kravet om godkjenning av generalforsamlingen som medfører ugyldighet. Overtredelse av kravene i tredje ledd (min rettelse: annet ledd etter dagens ordlyd) om utarbeidelse av en redegjørelse og melding til Foretaksregisteret har ikke en slik rettsvirkning».

Dette fremstår nærmest som et apropos til hovedtemaet i den aktuelle delen av proposisjonen, hvilket er rettsvirkningene ved overtredelse av kravet om generalforsamlingens godkjenning.¹³ Justisdepartementet tar således ikke nærmere stilling til mulige ringvirkninger av en slik rettstilstand. Det som imidlertid synes klart, er at de prosessuelle kravene defineres som saksbehandlingsregler uten ugyldighetsvirkninger for selskapets avtaleinngåelser etter aksjelovens § 3-8.¹⁴ Tilsynelatende har uttalelsen sitt grunnlag i utformingen av aksjelovene § 3-8 første

⁹ Woxholth s. 174.

¹⁰ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48.

¹¹ Justisdepartementets Lovavdeling, prinsippfortolkning 4. juli 2008, publisert på www.regjeringen.no.

¹² Tone Ofstad, «Kapitalbeskyttelsesregler og reelle hensyn», *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2005, s. 116-127 (s. 117).

¹³ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48.

¹⁴ Tore Bråthen, *Moderne forretningsjus II*, Oslo 2011 s. 58.

ledd første punktum, da avtalens gyldighet etter ordlyden kan synes ensidig betinget av generalforsamlingens godkjenning.¹⁵

Tolkningsuttalelsen fra Lovavdelingen i 2008, tilsiktet en redegjørelse for kravet til «rimelig samsvar» i aksjelovenes § 3-8 annet ledd annet punktum. Den forutgående anmodningen fra næringslivet om en tolkningsuttalelse, baserte seg på en uklarhet vedrørende om aksjelovenes § 3-8 var til hinder for avtaler som ikke reflekterte et rimelig samsvar mellom partenes ytelser, dersom skjevfordelingen i avtaleforholdet var til selskapets gunst. Det ble innledningsvis konstatert at aksjelovenes § 3-8 ikke avskjærer selskapets anledning til slike avtaleinngåelser.¹⁶ Det som imidlertid står helt sentralt for oppgavens to problemstillinger, er at Lovavdelingen etter å ha gitt et fullverdig svar på det som var anmodningens anliggende, inntok en presiserende tilleggssuttalelse:

«Vi viser dessuten til at uansett hvordan man velger å lese § 3-8 annet ledd annet punktum på dette punktet, vil ikke denne bestemmelsen være til hinder for at generalforsamlingen godkjenner en avtale med dette innholdet, jfr. § 3-8 første ledd første punktum».

Ut fra en antitetisk tolkning, antyder uttalelsen langt på vei at de prosessuelle kravene etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd ikke er å regne som gyldighetsbetingende saksbehandlingsregler. Dersom styret innhenter en godkjenning av avtalen fra selskapets generalforsamling, er Lovavdelingens synspunkt tilsynelatende at de gyldighetsbetingende vilkår etter aksjelovenes § 3-8 vil være oppfylt.

Etter dette må de to ovennevnte uttalelsene, om enn på ulike måter, sies å bære det samme budskap, nemlig at oppfyllelse av saksbehandlingsreglene etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd, ikke har selvstendig innvirkning på selskapets forpliktelser etter avtalen. Det gyldighetsbetingende kravet er da begrenset til om generalforsamlingen har gitt sin godkjenning til avtalen i medhold av aksjelovenes § 3-8 første ledd. Et slikt standpunkt

¹⁵ Se Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48, hvor Justisdepartementet baserer sitt standpunkt om rettsvirkningene ved overtredelse av aksjelovenes § 3-8 annet ledd, i at det er slik «... loven er utformet...».

¹⁶ Justisdepartementets Lovavdeling, prinsippfortolkning 4. juli 2008, publisert på www.regjeringen.no. Se mer om dette i oppgavens punkt 2.2.4.

innebærer at generalforsamlingens godkjenning både er nødvendig og tilstrekkelig for at en avtaleinngåelse skal være gyldig etter aksjelovenes § 3-8.¹⁷

På dette grunnlag synes det lite tvilsomt at rettsanvender, i det minste som et utgangspunkt, kan forholde seg til aksjelovenes § 3-8 annet ledd som lovpålagte saksbehandlingsregler uten innvirkning på avtalens gyldighet. Dette inntrykket forsterkes av at juridisk teori langt på vei har lagt samme betraktninger til grunn.¹⁸

Den primære gjenstanden for drøftelse er imidlertid om hovedregelen som synes valgt av lovgiver, kan forsvares ut fra formålsbetraktninger og reelle hensyn. Til tross for en svært konsis konklusjon i forarbeidene, fremkommer det ingen vurderinger som på en helhetlig måte begrunner den rettslige løsningen. Da Justisdepartementet oppstilte hovedregelen ved lovendringen i 2006, ble det således ikke problematisert om løsningen ville være forenlig med de formål som ligger til grunn for aksjelovenes § 3-8. Og til tross for en ordlyd som nok kan tale for at generalforsamlingens godkjenning er den eneste saksbehandlingsregelen som er betingende for avtalens gyldighet, har Justisdepartementet i sin uttalelse ikke tatt stilling til hvilke konsekvenser en slik rettstilstand vil kunne medføre for næringslivet i et større perspektiv. Ettersom en slik sammensatt vurdering ikke synes å være foretatt av lovgiver ved fastsettelsen av gjeldende rett, ønsker jeg i denne oppgave å fremsette mine betraktninger om spørsmålet. En slik vurdering de lege ferenda, vil oppstilles i oppgavens kapittel 3.

Sekundært vil jeg legge de offentlige uttalelsene til grunn, og problematisere om eventuelle overtredelser av saksbehandlingsreglene under noen omstendighet kan ha en slik innvirkning på generalforsamlingens beslutning om å godkjenne avtalen etter aksjelovenes § 3-8 første ledd, at selskapet på dette grunnlag likevel er ubundet av avtalen. Det er således et spørsmål om hvilke rettsvirkninger som de lege lata kan inntre ved saksbehandlingsfeil etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd, når reglene i utgangspunktet ikke er gyldighetsbetingende for avtalen. Spørsmålet har klare

¹⁷ Stig Berge og Lars Eirik Gåseide Røsås, *Avtaler med aksjeeiere og selskapets ledelse mv. – en praktisk fremstilling av aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-8*, Oslo 2009 s. 82.

¹⁸ Se Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskaper og Allmennaksjeselskaper*, 2. utgave, Oslo 2006 s. 131, Magnus Aarbakke m.fl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven Kommentartutgave*, 2. utgave, Oslo 2004 s. 207 og Berge s. 82.

paralleller til forvaltningsretten, sivilprosessen og straffeprosessen.¹⁹ De omtalte uttalelsene gir grunnlaget for spørsmålet, da de i realiteten kategoriserer saksbehandlingsreglene i aksjelovens § 3-8 annet ledd som formkrav. Verken Justisdepartementet eller Lovavdelingen tar derimot stilling til hvilke rettslige vurderinger som da må foretas ved en eventuell overtredelse. På bakgrunn av rettspraksis, vil jeg derfor foreta en slik vurdering i oppgavens kapittel 4.

1.3 Oppgavens aktualitet

Behovet for å avklare oppgavens to overordnede problemstillinger, må sees i sammenheng med det omfattende virkeområdet for aksjelovens § 3-8 etter gjeldende rett. Hvor selskapets ytelse i et kontraktsforhold med en aksjonær mv. er av en viss størrelse,²⁰ er hovedregelen at generalforsamlingens godkjennelse må innhentes for at selskapet skal bli bundet av avtalen.²¹ Selv om det foreligger vesentlige begrensninger i denne hovedregelen, blant annet gjennom en rekke uttrykkelige unntak i aksjelovens § 3-8 første ledd, må aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper ta stilling til bestemmelsen ved en rekke avtaleinngåelser.

¹⁹ Knud Jacob Knudsen, «Betydningen av brudd på aksjelovens saksbehandlingsregler», *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret*, 2004:2 s. 165-171 (s. 169).

²⁰ For aksjeselskaper må selskapets ytelse i avtaleforholdet overstige en tidel av aksjekapitalen, jf. asl. § 3-8 første ledd. For allmennaksjeselskaper må selskapets ytelse overstige en tjuendedel av aksjekapitalen, jf. asal § 3-8 første ledd. Er selskapets vederlag lavere, kreves ikke den saksbehandling som aksjelovene § 3-8 foreskriver. For aksjeselskaper med aksjekapital mellom 100.000 (minimumsgrensen, jf. asl. § 3-1) og 500.000 er det imidlertid *unntaket* i asl. § 3-8 første ledd nr. 5 om at saksbehandling allikevel ikke kreves hvor «selskapets ytelse har en virkelig verdi som utgjør mindre enn 50.000 kroner», som vil utgjøre den reelle beløpsgrensen.

²¹ Berge s. 17.

At bestemmelsen har stor betydning i det praktiske liv, gjenspeiles også i statistikken over antall registrerte meldinger i Foretaksregisteret som relaterer seg til avtaleinngåelser etter aksjelovenes § 3-8:²²

År	Registermelding om aksjelovenes § 3-8
1999	99
2000	478
2001	641
2002	748
2003	791
2004	1111
2005	1200
2006	1969
2007- 10.3.2009	5648

Et nærliggende spørsmål, er om den årlige økningen av innmeldte registermeldinger siden lovens ikrafttredelse i januar 1999, kun korresponderer med veksten i antall aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper. Om en betrakter perioden fra bestemmelsens ikrafttredelse i januar 1999 til utgangen av 2010, var antall registrerte aksjeselskaper moderat stigende.²³ Antall registrerte allmennaksjeselskaper har riktignok vært negativt tenderende i samme periode.²⁴ Men ettersom veksten i antall aksjeselskaper rent matematisk overskygger stagnasjonen i antall allmennaksjeselskaper, kan nok den påviste økningen i antall innmeldte registermeldinger ha en delvis forklaring i at flere aktører er berørt av aksjelovenes § 3-8.

Allikevel er det er det mye som taler for at også utviklingen av bestemmelsens virkeområde, har vært delaktig i å forårsake en økning i antall registrerte meldinger til Foretaksregisteret. Særlig interessant er tallene fra og med 1. januar 2007.

Aksjelovenes § 3-8 fikk da den utformingen som gjelder per dags dato, ved ikrafttredelsen av endringslov 88/2006. Endringen innebar en omfattende utvidelse av

²² Berge s. 15.

²³ Per 31.12.2000 var det 148 358 registrerte aksjeselskaper i Norge. Per 31.12.2010 var det tilsvarende tallet 215 076, jf. Brønnøysundregistrenes årsmelding 2000 og Brønnøysundregistrenes årsmelding 2010, publisert på www.brreg.no.

²⁴ Per 31.12.2000 var det 602 registrerte allmennaksjeselskaper i Norge. Per 31.12.2010 var det tilsvarende tallet 339, jf. Brønnøysundregistrenes årsmelding 2000 og Brønnøysundregistrenes årsmelding 2010, publisert på www.brreg.no.

bestemmelsens virkeområde, til tross for innlemmelsen av enkelte nye unntak.²⁵ Selv om det ikke foreligger *årlig* statistikk fra 2007 og utover, kan tallene som foreligger tale for en økende bevissthet i markedet om at bestemmelsene kan gjelde ved mange av selskapets avtaleinngåelser.²⁶

Et slikt inntrykk forsterkes av at lovens ordlyd fremstår noe uklar, også i henseende som faller utenfor denne fremstillingen. Det kan således være problematisk å avgjøre om en avtale i det hele tatt er påkrevd behandling slik aksjelovenes § 3-8 forespeiler.²⁷ I nær tilknytning står spørsmålet om unntaksreglenes rekkevidde, som også kan gi opphav til betydelig usikkerhet.²⁸

Usikkerheten rundt bestemmelsens virkeområde, kombinert med de potensielt utslagsgivende rettsvirkningene ved overtredelse, gjør at selskapene kan tenkes å sikre sine disposisjoner ved å behandle dem etter aksjelovenes § 3-8, selv om nødvendigheten av dette er tvilsom.²⁹ De vesentlige transaksjonskostnadene selskapet påbeløper seg ved å måtte gjennomføre en slik behandling, kan medføre at bestemmelsen i realiteten vil danne et hinder for selskapets legitime avtaleinngåelser med aksjonærer og andre nærstående parter.

1.4 Rettskildesituasjonen

Verken lovteksten eller forarbeidene gir tilstrekkelige holdepunkter ved vurderingen av saksbehandlingsreglene i aksjelovenes § 3-8 annet ledd. Den gradvise utviklingen av

²⁵ Se Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 162-163. Endringene innebar bl.a. at kretsen av medkontrahenter ble vesentlig utvidet, slik at loven ikke lenger begrenset seg til selskapets avtaleinngåelser med egne aksjonærer. Angivelsen av hvilke avtaler mellom selskapet og den berørte krets som omfattes av bestemmelsen ble også vesentlig utvidet, da ordlyden ble endret til å gjelde alle slags avtaler, uavhengig av hvem som yter vederlaget i penger.

²⁶ Berge s. 15.

²⁷ Denne vurderingen kan reise flere vanskelige spørsmål. Blant annet kan det være uklart om det foreligger avtale om en «ytelse» fra selskapet, slik aksjelovenes § 3-8 første ledd forespeiler, se Bråthen (2011) s. 50. I visse avtaleforhold kan også verdifastsettelsen av selskapets ytelse være problematisk, slik at det er uklart om verdien overstiger terskelen i aksjelovenes § 3-8 første ledd på henholdsvis ti og 5 prosent av selskapets aksjekapital, se Bråthen (2011) s. 53. Det sistnevnte problemet, har for øvrig klare likhetstrekk med vurderingene som må foretas ved utarbeidelsen av en verdierklæring i styrets redegjørelse, se oppgavens punkt 2.2.4.

²⁸ Berge s. 33-35.

²⁹ Bråthen (2003) s. 878.

aksjelovenes § 3-8, har resultert i at også forarbeidene på mange punkter gir et uklart bilde av hvordan bestemmelsen skal anvendes.³⁰

Problemstillingene som reises i oppgaven, har videre ikke vært behandlet spesifikt i Høyesterett eller underrettspraksis. Det foreligger imidlertid en svært relevant Høyesterettsdom hva gjelder fremstillingens andre hovedproblemstilling, nemlig spørsmålet om saksbehandlingsfeil de lege lata likevel kan medføre at selskapet blir ubundet av en avtale underlagt aksjelovenes § 3-8.

I norsk juridisk teori, er aksjelovenes § 3-8 med tiden viet mer oppmerksomhet. Dette gjelder nok til en viss grad også deler av de problemstillingene som oppstilles i oppgaven. Eksempelvis har Abrahamsen og Aase³¹ problematisert ivaretagelsen av kreditorvernet etter gjeldende rett, mens Berge og Røsås³² har reflektert over om tilgrensende regelsett kan overlappe aksjelovenes § 3-8 på bakgrunn av formålsbetraktninger. En tilsynelatende tendens i teorien, er allikevel at Justisdepartementets forarbeidsuttalelse har blitt et henvisningsgrunnlag for gjeldende rett, fremfor gjenstand for belysning og drøftelse.³³ Det er på bakgrunn av dette inntrykket at jeg velger å skrive denne oppgaven.

1.5 Terminologi

I juridisk teori er det brukt noe ulike betegnelser på reglene i aksjelovenes § 3-8.³⁴ Noen forfattere velger å skille mellom *saksbehandlingsregler* og *materielle krav*.³⁵ Andre omtaler alle de prosessuelle kravene som saksbehandlingsregler, og skaper et terminologisk skille mellom *formregler* og *ugyldighetsregler*.³⁶ Min fremstilling vil basere seg på en begrepsbruk som ligner den sistnevnte terminologien. For å understreke at også gyldighetsreglene er saksbehandlingsregler, vil jeg isteden benytte

³⁰ Bråthen (2003) s. 879.

³¹ Thomas Abrahamsen og Sindre Aase, «Aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-8 – en regel om avtaler mellom selskap og aksjonær», *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2004 nr. 3 s. 341-372 (s. 364-365).

³² Berge s. 83-84.

³³ Se bl.a. Bråthen (2007) s. 89 og Bråthen (2011) s. 58.

³⁴ Det er utelukkende et terminologisk spørsmål, da det i teorien er gjennomgående enighet om at overtredelse av kravet til generalforsamlingens godkjennelse i utgangspunktet medfører ugyldighet, se bl.a. Abrahamsen s. 363 og Berge s. 81.

³⁵ Berge s. 82.

³⁶ Abrahamsen s. 363-364.

begrepet *gyldighetsbetingende saksbehandlingsregler*. Aksjelovenes § 3-8 første ledd utgjør i så måte en *gyldighetsbetingende saksbehandlingsregel*, mens *formregler eller formkrav* sikter til saksbehandlingsreglene i aksjelovenes § 3-8 annet ledd etter gjeldende rett. Hvor kravene omtales uten direkte hentydning til mulige rettsvirkninger, vil både aksjelovenes § 3-8 første og annet ledd kunne omtales som *prosessuelle krav*.

1.6 Avgrensinger og videre fremstilling

Oppgaven tar ikke sikte på en generell utredning av aksjelovenes § 3-8, det er saksbehandlingsreglene i bestemmelsens annet ledd som skal problematiseres. Dette innebærer at en rekke sentrale problemstillinger faller utenfor oppgavens tema.

Det vil for det første ikke foretas noen prinsipiell drøftelse av vilkårene for at aksjelovenes § 3-8 skal komme til anvendelse på en avtale. Videre vil ikke kretsen av mulige medkontrahenter for selskapet behandles nærmere. Det samme gjelder unntakene oppstilt i aksjelovenes § 3-8 første ledd nr. 1-4. Den gyldighetsbetingende saksbehandlingsregelen om generalforsamlingens godkjenning etter aksjelovenes § 3-8 første ledd, vil verken utredes eller problematiseres i større utstrekning, enn hva som er nødvendig for å drøfte spørsmålene relatert til saksbehandlingsreglene i aksjelovenes § 3-8 annet ledd.

I den videre fremstillingen vil jeg i punkt 2 gjøre kort rede for saksbehandlingsreglene i aksjelovenes § 3-8 annet ledd. Videre vil jeg i punkt 3 behandle den primære problemstillingen, nemlig om betraktninger de lege ferenda tilsier at saksbehandlingsreglene bør være betingende for avtalens gyldighet. Avslutningsvis vil jeg legge Justisdepartementets uttalelse, om at aksjelovenes § 3-8 annet ledd ikke er gyldighetsbetingende, til grunn, og ta for meg spørsmålet om saksbehandlingsfeil de lege lata likevel kan medføre at selskapet blir ubundet av avtalen.

2 En innføring i saksbehandlingsreglene

2.1 Utgangspunkter

Aksjelovenes § 3-8 annet ledd lyder:

«Styret skal sørge for at det utarbeides en redegjørelse for avtalen etter reglene i § 2-6. Redegjørelsen skal inneholde en erklæring om at det er rimelig samsvar mellom verdien av det vederlaget selskapet skal yte og verdien av det vederlaget selskapet skal motta. Redegjørelsen skal vedlegges innkallingen til generalforsamlingen, og den skal uten opphold meldes til Foretaksregisteret.»

Av ordlyden fremgår det tre *uttrykkelige* saksbehandlingsregler. For det første skal styret sørge for å utarbeide en redegjørelse for den forestående avtalen. For det andre skal redegjørelsen vedlegges innkallingen til generalforsamlingen. Og for det tredje skal redegjørelsen meldes inn til Foretaksregisteret uten opphold.

Men ettersom redegjørelsen etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd skal utformes på grunnlag av reglene i aksjelovenes § 2-6, gjelder det også en fjerde saksbehandlingsregel. Av aksjelovenes § 2-6 annet ledd, følger det nemlig at selskapet må innhente en revisorerklæring som bekrefter innholdet i styrets redegjørelse.³⁷

Hensikten med dette kapittelet er å gi en kort innføring i innholdet av de enkelte saksbehandlingsreglene. Et slikt overblikk er helt nødvendig for å kunne vurdere rettsvirkningene ved eventuelle regelbrudd, slik oppgaven tar sikte på. Innledningsvis behandles kravet til styrets redegjørelse (punkt 2.2). Videre vil jeg ta for meg kravet til innhenting av en revisorerklæring (punkt 2.3). Avslutningsvis vil jeg behandle kravet om innmelding av redegjørelsen til Foretaksregisteret (punkt 2.4), og kravet om at redegjørelsen skal vedlegges innkallingen til generalforsamlingen (punkt 2.5).

³⁷ Kravet til en revisorerklæring er imidlertid noe forskjellig, ettersom avtaleinngåelsen gjelder et aksjeselskap eller et allmennaksjeselskap (se oppgavens punkt 2.3).

2.2 Styrets redegjørelse

2.2.1 Utgangspunkter

Aksjelovenes § 2-6 relaterer seg til avtaler ved stiftelsen av et aksjeselskap eller et allmennaksjeselskap, hvor selskapet enten skal overta nærmere bestemte eiendeler, eller bli part i en avtale om overdragelse av særskilte rettigheter etter aksjelovenes § 2-4.³⁸

Ved slike transaksjoner fastsetter bestemmelsen at det påkreves en redegjørelse for aksjeinnskuddet.³⁹ I medhold av aksjelovenes § 2-6 første ledd nr.1-4, skal denne redegjørelsen inneholde en rekke opplysninger. Disse innholdsmessige minstekravene til redegjørelsen, har sin bakgrunn i at tingsinnskudd ved stiftelsen av et selskap fordrer utfyllende opplysninger om det som skytes inn som grunnlag for aksjeutstedelsen, både av hensyn til selskapets kreditorer og øvrige aksjonærer.⁴⁰ Ettersom et tilsvarende behov for opplysninger gjør seg gjeldende hvor selskapet inngår avtaler med aksjonærer mv., bygger redegjørelsen etter aksjelovenes § 3-8 på de samme prinsippene.⁴¹

I det følgende gis en kort innføring i minstekravene etter aksjelovenes § 2-6 første ledd.

2.2.2 Beskrivelse av avtalen

Redegjørelsen skal for det første inneholde en beskrivelse av avtalen, jf. aksjelovenes § 2-6 første ledd nr.1 første punktum. I forarbeidene til aksjelovenes § 2-6, er det tatt utgangspunkt i at beskrivelsen må gi utenforstående et rimelig godt inntrykk av hva som skytes inn, samt hvilken verdi gjenstanden har for selskapet.⁴² Tilsvarende betraktninger

³⁸ Aksjelovenes § 2-4 gjelder selskapets stiftelsesgrunnlag. I bestemmelsen oppstilles det krav om nærmere opplysninger i stiftelsesdokumentet, dersom aksjene ved stiftelsen skal kunne tegnes med rett eller plikt til å gjøre innskudd i andre eiendeler enn penger (tingsinnskudd). Det samme gjelder enkelte andre disposisjoner ved stiftelsen som gir særlige rettigheter eller fordeler overfor selskapet.

³⁹ I januar 2011 leverte advokat Gunnar Knudsen en utredning om forenkling og modernisering av aksjelovene på oppdrag fra Justisdepartementet, se Gunnar Knudsen, «Forenkling og modernisering av aksjelovene», publisert på www.regjeringen.no. Ett av forslagene som er fremmet, er et unntak fra kravet om en utarbeidet redegjørelse ved tingsinnskudd etter aksjelovenes § 2-4, se utredningens punkt 1.2 og 4.2.10. Unntaksadgangen relaterer seg imidlertid utelukkende til avtaler ved stiftelsen av et selskap i medhold av aksjelovenes § 2-4, og vil således ikke endre realiteten i kravet til en utarbeidet redegjørelse etter aksjelovenes § 3-8. Enkelte av utredningens øvrige forslag trådte i kraft 1. januar 2012. De resterende forslagene, herunder det omtalte unntaket for redegjørelser ved tingsinnskudd, skal behandles i en kommende proposisjon.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 38-39.

⁴¹ Se mer om dette under redegjørelsen for de legislative hensyn i oppgavens punkt 3.3.1.

⁴² NOU 1992: 29 s. 77.

er lagt til grunn hvor redegjørelsen relaterer seg til selskapets avtaleinngåelser med aksjonærer mv.⁴³

Konkret bør beskrivelsen gjøre kort rede for hva avtalen går ut på, og definere selskapets rolle i den planlagte transaksjonen. Videre bør det fremgå nærmere opplysninger om hvorfor aksjelovenes § 3-8 kommer til anvendelse på den forestående avtalen. I den sistnevnte sammenheng, er det sentralt at selskapets medkontrahent identifiseres, ikke bare ved en uttrykkelig gjøring av navn, men også ved en spesifisering av vedkommendes rolle overfor selskapet (aksjonær, nærstående mv.).⁴⁴

Dersom en avtale etter aksjelovenes § 3-8 går ut på at selskapet skal overta bestående virksomhet, oppstilles det særskilte krav til beskrivelsen, jf. aksjelovenes § 2-6 første ledd. Ved slik overtakelse skal regnskaper, årsberetning og revisjonsberetning for de siste tre årene tas inn i eller vedlegges redegjørelsen, jf. aksjelovenes § 2-6 første ledd nr. 1 annet punktum. Foreligger det ikke årsregnskap for virksomheten som skal overdras, skal det gis opplysninger om resultatet av driften i de siste tre regnskapsår, jf. aksjelovenes § 2-6 første ledd nr. 1 fjerde punktum. Sistnevnte løsning kan være nødvendig av ulike årsaker. Eksempelvis kan virksomheten som er gjenstand for overtakelse ha en kortvarig driftshistorie, eller den kan være fritatt for regnskapsplikt.⁴⁵ Uavhengig av om selskapet kan fremlegge årsregnskap, skal beskrivelsen opplyse om resultatet av driften i tiden etter siste balansedato, jf. aksjelovenes § 2-6 første ledd nr. 1 tredje punktum.

2.2.3 Forhold som kan være av betydning for avtalen

Redegjørelsen skal for det andre inneholde opplysninger om de forhold som kan være av betydning for bedømmelsen av avtalen, jf. aksjelovenes § 2-6 første ledd nr. 3. Formålet med å innta slike opplysninger i redegjørelsen, er å sikre at alle relevante omstendigheter rundt avtalen klargjøres. Kravet presiseres i forarbeidene til å gjelde alle

⁴³ Bråthen (2007) s. 87.

⁴⁴ Berge s. 70.

⁴⁵ Aarbakke m.fl. s. 128.

opplysninger som kan ha betydning for vurderingen av avtalen,⁴⁶ og må nok forstås som en forlengelse og delvis overlapping av de øvrige minstekravene.

Generalforsamlingens godkjenning av avtalen etter aksjelovens § 3-8 første ledd, vil *ikke* reparere overtredelser av annen lovgivning.⁴⁷ I praksis vil det derfor være særlig nærliggende å innta tilleggsopplysninger, hvor styret med bistand fra advokat, har vurdert rettmessigheten av den aktuelle avtalen opp mot øvrige regelsett i aksjelovgivningen. Det kan eksempelvis tenkes at en låneavtale i utgangspunktet synes tvilsom etter reglene om kreditt og sikkerhetsstillelse, men at den etter en nøyere utredning er funnet legitim. Dersom det i ettertid skulle vise seg at dette ikke var tilfelle, vil redegjørelsen kunne dokumentere at vurderingen ble gjort med juridisk bistand, og dermed stille styremedlemmene i et bedre lys ved eventuelle søksmål om styreansvar etter aksjelovens §§ 17-1 eller 19-1.⁴⁸

2.2.4 Særskilt verdierklæring

Aksjelovens § 2-6 første ledd nr. 4 første punktum, fordrer at det i redegjørelsen inntas en erklæring om at «de eiendeler selskapet skal overta har en verdi som minst svarer til det avtalte vederlaget». På samme tid oppstiller aksjelovens § 3-8 annet ledd annet punktum, et krav om at redegjørelsen skal inneholde «en erklæring om at det er rimelig samsvar mellom verdien av det vederlaget selskapet skal yte og verdien av det vederlaget selskapet skal motta». Ettersom henvisningen fra aksjelovens § 3-8 annet ledd første punktum til aksjelovens § 2-6 etter ordlyden synes uforbeholden, må det gjøres rede for sammenhengen mellom disse innholdskravene.

Det særskilte kravet i aksjelovens § 3-8 annet ledd annet punktum, ble inntatt i forbindelse med endringene av aksjelovene ved lov nr. 88/2006. Bakgrunnen var at aksjelovens § 2-6 første ledd nr. 4 første punktum etter ordlyden var forbeholdt de transaksjoner hvor selskapet var *avhender* av eiendeler.⁴⁹ Tilsynelatende skulle verdierklæringen etter aksjelovens § 3-8 annet ledd derfor ikke avvike fra det som ble

⁴⁶ NOU 1996:3 s. 109.

⁴⁷ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 45.

⁴⁸ Lignende betraktninger gjør seg gjeldende ved styrets avgjørelse av om aksjelovens § 3-8 i det hele tatt kommer til anvendelse på en avtale, se Abrahamsen s. 358-359.

⁴⁹ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 163.

forespeilet i aksjelovenes § 2-6 første ledd nr. 4 første punktum, hensikten var å klargjøre at verdierklæring skulle utarbeides, uavhengig av hvilken part som ervervet eiendelene.⁵⁰ Det synes derfor uomtvistet at aksjelovenes § 3-8 annet ledd går foran aksjelovenes § 2-6 første ledd nr. 4.⁵¹

Her oppstår spørsmålet om verdierklæringen, sett i sammenheng med revisors påkrevde attestasjon av redegjørelsen, innebærer et krav om at avtalen skal reflektere en materiell likevekt mellom innkommende og utgående vederlag. Ettersom verdierklæringens materielle karakter står sentralt i spørsmålet om saksbehandlingsreglenes gyldighetsvirkninger de lege ferenda, velger jeg å behandle det i relasjon til hovedproblemstillingen i oppgavens kapittel 3 (se punkt 3.2.2.2.1).

I denne sammenheng skal det kun presiseres at kravet til et «rimelig samsvar» mellom ytelsene, uavhengig av dets materielle karakter, trolig ikke er til hinder for et misforhold som vil *begunstige* selskapet. Grunnlaget for en slik slutning fremkommer av den allerede nevnte tolkningsuttalelsen fra Justisdepartementets Lovavdeling.⁵² Som nevnt i oppgavens innledning, var uttalelsen foranlediget av en anmodning om å avklare spørsmålet om slik ubalanse i transaksjonsvederlagene.

Om kravet til «rimelig samsvar» ble det uttalt:

«Vi er enige i at bestemmelsen i aksjeloven og allmennaksjeloven § 3-8 annet ledd annet punktum ikke kan forstås slik at den er til hinder for at det inngås en avtale mellom et aksjeselskap eller allmennaksjeselskap og dets eiere som innebærer at det vederlaget selskapet mottar, er mer verdt enn det vederlaget selskapet yter».

Selv om Lovavdelingens tolkningsuttalelser kun er av rådgivende karakter, og ikke er bindende for rettsanvender, er det som nevnt uomtvistet at de normalt tillegges atskillig vekt i praksis.⁵³ Det bør derfor legges til grunn at eventuelle misforhold som

⁵⁰ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 163.

⁵¹ Bråthen (2007) s. 88.

⁵² Justisdepartementets Lovavdeling, prinsippfortolkning 4. juli 2008, publisert på www.regjeringen.no.

⁵³ Ofstad s. 117.

begunstiger selskapet, i utgangspunktet ikke er problematiske sett hen til aksjelovenes § 3-8.

2.2.5 Opplysninger om vurderingsprinsipper

Redegjørelsen skal inneholde opplysninger om de vurderingsprinsipper som har vært lagt til grunn ved verdsettelsen av de eiendeler som selskapet skal overta, jf. aksjelovenes § 2-6 første ledd nr. 2. Aksjelovenes § 3-8 gjelder imidlertid som nevnt også avtaler hvor selskapet *avhender* eiendeler mot pengevederlag fra medkontrahenten.⁵⁴ Spørsmålet er derfor om redegjørelsen også skal opplyse om verdivurderingsprinsippene for selskapets ytelse hvor denne består i annet enn penger. Etter mitt syn har man ikke en reell mulighet til å vurdere legitimiteten av motpartens vederlag, dersom dette ikke belyses av selskapets egen ytelse. Det synes derfor lite tvilsomt at redegjørelsen må inneholde tilsvarende informasjon om verdsettelsen av eiendelene, hvor selskapet selger disse. Lignende betraktninger er lagt til grunn i juridisk teori.⁵⁵

Redegjørelsen for vurderingsprinsippene fordrer kun en beskrivelse av de prinsipper som er lagt til grunn ved verdsettelsen av de aktuelle eiendelene, en detaljert fremstilling er således ikke lovpålagt.⁵⁶ Det fremgår av forarbeidene at redegjørelsen skal klargjøre om det eksempelvis er bruksverdi eller realisasjonsverdi som er lagt til grunn ved verdsettelsen av eiendelene. Videre skal det fremgå faktiske opplysninger om beregningsgrunnlaget for verdien.⁵⁷

2.2.6 Særlig om undertegningen av redegjørelsen

For aksjeselskapenes vedkommende, følger det av asl. § 2-6 annet ledd at «stifterne» skal sørge for utarbeidelse av redegjørelsen, samt datere og signere denne.⁵⁸

Signaturkravet må gjelde tilsvarende for *styret* ved aksjeselskapenes avtaleslutninger etter asl. § 3-8, ettersom asl. § 3-8 annet ledd forespeiler at «styret» skal sørge for

⁵⁴ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 46.

⁵⁵ Berge s. 71.

⁵⁶ *L.c.*

⁵⁷ NOU 1996:3 s. 109.

⁵⁸ At et tilsvarende krav ikke oppstilles for allmennaksjeselskapene, må ses i sammenheng med at det der er revisoren, og ikke styret selv, som utarbeider redegjørelsen, se oppgavens punkt 2.3.2.

utarbeidelse av redegjørelsen. Samtlige styremedlemmer skal signere.⁵⁹ Dette betyr at også styremedlemmer som har stemt imot avtalen i den forutgående styrebehandlingen etter aksjelovenes §§ 6-19 følgende, må undertegne redegjørelsen.⁶⁰

2.3 Revisorerklæringen

2.3.1 Utgangspunkter

Revisorens rolle ved avtaleinngåelser etter aksjelovenes § 3-8, er kommet til uttrykk i aksjelovenes § 2-6 annet ledd. Revisorerklæringen er i utgangspunktet noe ulik ettersom kontrahenten er et aksjeselskap eller et allmennaksjeselskap. Fremstillingen må derfor nødvendigvis skille mellom disse selskapsformene.

Utgangspunktet må allikevel sies å være likt. Som nevnt er det *styret* som skal sørge for utarbeidelse av redegjørelsen for avtaler underlagt aksjelovenes § 3-8, i motsetning til avtaler om tingsinnskudd etter aksjelovenes § 2-6, hvor den tilsvarende kompetansen tilligger *stifterne* (se punkt 2.2.6). Dette gjelder uavhengig av den valgte selskapsform.

2.3.2 Revisorerklæringen i aksjeselskaper

For aksjeselskapenes vedkommende utgjør styrets plikt til å utarbeide redegjørelsen en faktisk plikt, det er således styret selv som skal sørge for å fremstille denne, jf. aksjelovenes § 2-6 annet ledd første punktum.⁶¹ I utgangspunktet blir derfor revisoren inkludert i prosessen på et tidspunkt hvor redegjørelsen allerede foreligger

Etter at redegjørelsen er utarbeidet, datert og undertegnet av styret, skal den for aksjeselskapenes vedkommende bekreftes av en statsautorisert eller registrert revisor, jfr. asl. § 2-6 annet ledd annet punktum. Loven er antatt ikke å være til hinder for at bekreftelse innhentes fra selskapets faste revisor, så lenge vedkommende er

⁵⁹ Berge s. 74.

⁶⁰ Et annet spørsmål er om styremedlemmene *plikter* å undertegne redegjørelsen. Dersom styremedlemmer som er nedstemt i styrebehandlingen av avtalen ikke hadde hatt en slik plikt, ville vedkommende i prinsippet hatt en vetorett over flere av selskapets avtaleinngåelser. Dette ville etter mitt syn ha utgjort en tungtveiende innvending mot gyldighetsbetingende saksbehandlingsregler etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd. Det er imidlertid antatt at alle styremedlemmene som hovedregel har en plikt til å bidra ved utarbeidelsen og signeringen av styrededegjørelsen, forutsatt at styret har fattet et gyldig vedtak om at avtalen skal forelegges generalforsamlingen, se Andenæs (2006) s. 390. Jeg vil derfor ikke drøfte spørsmålet nærmere.

⁶¹ Asl. § 2-6 kan imidlertid ikke være til hinder for at selskapet engasjerer en utenforstående advokat til å utarbeide et utkast til redegjørelse, som styret senere aksepterer og undertegner, jf. Aarbakke m.fl. s. 130.

statsautorisert eller registrert i medhold av lov 15. januar 1999 nr. 2 om revisjon og revisorer.⁶² I praksis vil det imidlertid forekomme at selskapets faste revisor fremsetter et krav om at selskapet innhenter bekreftelsen fra en utenforstående revisor.

Erklæringen fra revisor skal blant annet klargjøre hvilke kontrollhandlinger revisor har gjennomført for å verifisere opplysningene som oppgis i redegjørelsen.⁶³ På bakgrunn av disse kontrollhandlingene skal revisoren avgi en uttalelse til generalforsamlingen. Uttalelsen skal avklare hvorvidt kravene til styrets redegjørelse er innfridd, og om det foreligger et rimelig samsvar mellom verdien av det vederlaget selskapet skal yte og verdien av det vederlaget selskapet skal motta.⁶⁴

2.3.3 Revisorerklæringen i allmennaksjeselskaper

Ved avtaleinngåelser etter asal. § 3-8, er styrets plikt til å utarbeide en redegjørelse av en annen karakter enn for aksjeselskapenes vedkommende. Styrets skal nemlig engasjere én eller flere sakkyndige som skal fremstille redegjørelsen, jf. asal. § 2-6 annet ledd første punktum. Med «sakkyndig» menes registrert eller statsautorisert revisor, jf. asal. § 2-6 annet ledd annet punktum. Tilsvarende som ved revisorens bekreftelse av redegjørelsen for et aksjeselskap, må det legges til grunn at selskapets faste revisor ikke er forhindret fra å kunne fremstille redegjørelsen for et allmennaksjeselskap.⁶⁵

De praktiske forskjellene mellom revisorens rolle etter asl. § 3-8 og asal. § 3-8, er nok mindre enn hva ordlyden kan gi inntrykk av. Uavhengig av selskapsform, er det styret som sørger for opplysningene som legges til grunn.⁶⁶ Videre er det de samme kravene som stilles til redegjørelsens innhold. Da det i relasjon til oppgavens problemstilling er få distinksjoner mellom prosessene for aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper, vil jeg i den videre fremstillingen ikke skille mellom de lovpålagte prosedyrene.

⁶² Berge s. 75.

⁶³ Den Norske Revisorforeningen, «Attestasjonsstandard SA 3802 - Eksempelsamling», *Revisors uttalelser og redegjørelser etter selskapslovgivningen*, 2008, punkt 8.1.

⁶⁴ Den Norske Revisorforeningen, «Attestasjonsstandard SA 3802», *Revisors uttalelser og redegjørelser etter selskapslovgivningen*, 2008, punkt 120.

⁶⁵ Berge s. 75.

⁶⁶ Attestasjonsstandard SA 3802 punkt 121.

Revisorerklæringen vil derfor omtales i tråd med det som gjelder for aksjeselskapene. Dersom sammenhengen allikevel nødvendiggjør et skille, vil dette fremgå uttrykkelig.

2.4 Innmelding av redegjørelsen til Foretaksregisteret

Det følger av aksjelovenes § 3-8 annet ledd tredje punktum, at redegjørelsen skal meldes inn til Foretaksregisteret uten opphold. Innmelding skjer ved bruk av endringsmelding etter lov 21. juni 1985 nr. 78 om registrering av foretak.

Kravet om at innmeldingen skal skje «uten opphold», gir opphav til to særlige spørsmål. For det første må det avklares når fristen for innmelding av redegjørelsen til Foretaksregisteret begynner å løpe. For det andre fordrer ordlyden at det fastsettes en absolutt tidsfrist for når innmeldingen senest kan skje. Spørsmålene vil behandles i den nevnte rekkefølgen.

2.4.1 Fristens utgangspunkt

Med utgangspunkt i utformingen av aksjelovenes § 3-8 annet ledd tredje punktum, er det lite tvilsomt at selskapet kan innkalle til generalforsamling før redegjørelsen sendes til Foretaksregisteret. Det er imidlertid mer usikkert om innmeldingen kan avvenne generalforsamlingens behandling av avtalen, slik at plikten kun inntreder hvor avtalen godkjennes. Forarbeidene til aksjelovene tar ikke uttrykkelig stilling til spørsmålet. I teorien er det imidlertid ulike meninger.⁶⁷

Dersom selskapet ble tvunget til å melde inn uriktige eller ufullstendige opplysninger til Foretaksregisteret, ville dette være lite hensiktsmessig. Dette kan tenkes å bli en realitet om innmeldingen av redegjørelsen skjer i forkant av generalforsamlingen, og avtalen i den senere behandlingen viser seg ikke å bli godkjent.

På den annen side er det ikke slik at innmeldingen umiddelbart vil registreres i Foretaksregisteret. Saksbehandlingstiden er antatt å være opptil flere uker.⁶⁸ Om en ser det sistnevnte momentet i sammenheng med at innmeldingsplikten uansett først vil

⁶⁷ Andenæs (2006) s. 325 og Aarbakke m.fl. s. 176.

⁶⁸ Abrahamsen s. 361.

inntre etter at innkallingen er utsendt, vil det være mindre problematisk å la plikten inntre før avtalen behandles i generalforsamlingen. Grunnen er at fristreglene for utsendelse av innkallinger etter aksjelovenes § 5-10 annet ledd, vil medføre at generalforsamlingens beslutning normalt foreligger etter kort tid. Dersom beslutningen er negativ, vil det da være uproblematisk for selskapet å trekke anmodningen om registrering av redegjørelsen.

Ut i fra disse betraktningene må det derfor antas at selskapets innmeldingsplikt ikke avventer generalforsamlingens behandling av saken. Tidspunktet for selskapets utsendelse av innkalling til aksjonærene, må da som hovedregel utgjøre utgangspunktet for fristens løp.

2.4.2 Fristens lengde

Hva gjelder den absolutte fristen for når innmeldingen til Foretaksregisteret kan skje, er denne i teorien antatt å være på omtrentlig en uke.⁶⁹ En fristlengde på omtrentlig en uke, begrunnes i at selskapet bør inneha en reell mulighet til å utføre de praktiske gjøremål en innmelding innebærer.⁷⁰ Forsinkelser grunnet andre omstendigheter kan trolig ikke unnskyldes selskapet. Dette synspunktet forsterkes av den strenge betydningen tilsvarende begrep er tillagt i aksjelovgivningen for øvrig. Eksempelvis kreves det i medhold av aksjelovene § 4-5, at aksjeeierbok opprettes «uten opphold» etter stiftelse av et selskap. For denne bestemmelsens vedkommende er det antatt at aksjeeierbok må opprettes umiddelbart etter stiftelse.⁷¹

Sett i sammenheng med betraktningene i det foregående avsnitt, bør innmelding av redegjørelsen til Foretaksregisteret som hovedregel ha skjedd innen en uke etter at innkalling til generalforsamling ble sendt ut til aksjonærene.

2.5 Redegjørelsen som vedlegg til innkallingen

Det følger av aksjelovenes § 3-8 annet ledd tredje punktum, at redegjørelsen skal vedlegges innkallingen til generalforsamlingen. Dette skal sikre generalforsamlingen et

⁶⁹ Abrahamsen s. 362.

⁷⁰ *l.c.*

⁷¹ Aarbakke m.fl. s. 197.

nødvendig informasjonsgrunnlag i sin beslutning av om avtalen skal godkjennes etter aksjelovenes § 3-8 første ledd.⁷²

Dersom redegjørelsen i seg selv ikke inneholder tilstrekkelig informasjon, må de nødvendige opplysningene trolig inntas i innkallingen på annen måte. Et nærliggende alternativ vil være å vedlegge avtalen i sin helhet.

3 Gyldighetsbetingende saksbehandlingsregler? En drøftelse de lege ferenda.

3.1 Problemstillingen

Som det fremgår i oppgavens innledning, synes gjeldende rett å basere seg på at saksbehandlingsreglene etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd ikke er gyldighetsbetingende for avtalen. Med forarbeidsuttalelsen fra Justisdepartementet⁷³ i hende, er det få rettslige holdepunkter for å trekke en annen konklusjon de lege lata. Med andre ord gir ikke lovens ordlyd grunnlag for å tilegne disse saksbehandlingsreglene ugyldighetsvirkninger,⁷⁴ mens det i rettspraksis ikke synes å være tatt stilling til spørsmålet.⁷⁵

Men selv om rettsstilstanden etter dette virker fastlagt, er det et uavklart spørsmål hva som *begrunner og forklarer* den rettslige løsningen som er valgt. Problemstillingen her, er derfor om saksbehandlingsreglene etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd, på bakgrunn av betraktninger de lege ferenda, bør være betingende for selskapets bundethet av avtalen, og således sidestilles med saksbehandlingsregelen etter aksjelovenes § 3-8 første ledd.

⁷² Abrahamsen s. 364.

⁷³ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48.

⁷⁴ Forarbeidene bygger tvert imot utelukkende på ordlyden, når det konkluderes med at saksbehandlingsreglene etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd ikke er gyldighetsbetingende for avtalen, jf. uttalelsen i Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48.

⁷⁵ I underrettspraksis foreligger det riktignok en dom fra Borgarting Lagmannsrett, hvor saksøker påberopte manglende redegjørelse etter aksjelovenes § 2-6 som ett av flere grunnlag for et krav om tilbakebetaling av lønn etter aksjelovenes § 3-8, se LB-2009-68016. Da lagmannsretten kom til at godkjenning ikke var gitt av generalforsamlingen, var det imidlertid ikke nødvendig å ta stilling til spørsmålet.

Med mål om å oppstille en begrunnelse for den rettslige løsningen som *bør* gjelde, vil jeg ha flere momenter for øyet. I punkt 3.3 vil jeg behandle de legislative hensyn bak aksjelovenes § 3-8. Hensikten er å finne ut om lovgivers uttalte formål med bestemmelsen, gir veiledning for spørsmålet om saksbehandlingsreglene bør være betingende for selskapets bundethet av avtalen. I punkt 3.4 vil jeg trekke inn enkelte reelle hensyn. Hensikten er å belyse sentrale interesser som ikke synes å være tilgodesett av lovgiver ved utarbeidelsen av aksjelovenes § 3-8 annet ledd, og ta stilling til hvilke føringer disse interessene legger for ugyldighetsspørsmålet.

3.2 Formålsbetraktninger

3.2.1 De legislative hensyn bak aksjelovenes § 3-8

Det er hovedsakelig to overordnede hensyn som er lagt til grunn i hele aksjelovgivningingen, nemlig hensynet til aksjonærenes interesser og hensynet til kreditorenes interesser.⁷⁶ Aksjelovenes § 3-8 er ikke et unntak i dette henseende, da det utgjør de to grunnleggende og fundamentale hensyn bak bestemmelsen.⁷⁷

Aksjelovgivningens enkelte bestemmelser er imidlertid også begrunnet i mer konkrete formål, nettopp for å kunne realisere det nevnte vernet av aksjonærer og kreditorer. For aksjelovenes § 3-8 sitt vedkommende har disse formålene vært gjenstand for omfattende utvidelse, i tråd med utviklingen av lovens virkeområde.

Aksjelovenes § 3-8 har sin bakgrunn i EUs annet selskapsdirektiv, det såkalte «kapitaldirektivet». Direktivet ble vedtatt i 1976, og dets uttalte formål var å beskytte minoritetsaksjonærer og selskapets kreditorer mot at selskapets egenkapital urettmessig ble svekket.⁷⁸ Direktivet ble bindende for Norge som følge av vår tilslutning til EØS, da direktivet ble inntatt i EØS-avtalen art. 77 gjennom en henvisning til vedlegg XXII.

I dagjeldende lov om aksjeselskaper 4. juni 1976 nr. 59, ble bestemmelsen § 2-9a inntatt med sikte på å gjennomføre kapitaldirektivets artikkel 11.⁷⁹ I likhet med direktivets

⁷⁶ Abrahamsen s. 343.

⁷⁷ NOU 1996: 3 s. 50 og s. 149.

⁷⁸ Annet rådsdirektiv 77/91/EØF av 13. desember 1976.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 170-171.

artikkel 11, regulerte bestemmelsen utelukkende «etterstiftelser»⁸⁰ i et allmennaksjeselskap.⁸¹

Ved innføringen av de to separate aksjelovene i 1997, ble § 2-9a avløst av asal. § 3-8. Det ble imidlertid klart for lovgiver at hensynet til minoritetsaksjonærer og selskapskreditorer var sentralt uavhengig av hvilken selskapsform som var valgt, og det ble derfor inntatt en tilsvarende bestemmelse for aksjeselskapene i asl. § 3-8.⁸² Allerede ved vedtakelsen av de nye aksjelovene, hadde lovgiver en klar intensjon om at aksjelovenes § 3-8 skulle rekke videre enn de rene etterstiftelser.⁸³ Virkeområdet ble imidlertid utvidet ytterligere ved endringene i lov 88/2006.⁸⁴

På grunnlag av den historiske utviklingen av aksjelovenes § 3-8, synes bestemmelsen etter gjeldende rett å bygge på en tredelt begrunnelse.⁸⁵ For det første skal den vanskeliggjøre etterstiftelser. For det andre skal den forebygge brudd på likhetsprinsippet i aksjeretten. For det tredje skal den på generelt grunnlag sikre kreditorene mot at selskapskapitalen svekkes, gjennom utilbørlige overføringer til nærstående av selskapet. I fortsettelsen vil jeg gjøre nærmere rede for disse tre formålene.

3.2.1.1 Vanskeliggjøring av etterstiftelser

Med «etterstiftelser» menes en kjede av transaksjoner som i realiteten innebærer et tingsinnskudd, uten at aksjelovenes regler om tingsinnskudd er oppfylt. Når aksjelovenes § 3-8 har til hensikt å vanskeliggjøre etterstiftelser, fordres det derfor en kort innføring i de bakenforliggende reglene om tingsinnskudd.

⁸⁰ Med «etterstiftelser» menes en kjede av transaksjoner som i realiteten innebærer et tingsinnskudd, uten at aksjelovenes grundige saksbehandlingsregler om tingsinnskudd er overholdt, se mer i oppgavens punkt 3.2.1.1.

⁸¹ Ot.prp. nr. 4 (1995-1996) s. 23-24.

⁸² NOU 1996: 3 s. 50 og s. 149.

⁸³ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 44-45.

⁸⁴ Lovendringen i 2006 innebar imidlertid også en viss innskrenking i virkeområdet, da unntaksadgangen ble utvidet, se Tore Bråthen, «Etterkontrollen av de norske aksjelovene», *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret*, 2006:2 s. 32-46. Se mer utfyllende om lovendringen i oppgavens punkt 1.3.

⁸⁵ NOU 1992: 29 s. 80, Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) s. 170, NOU 1996: 3 s. 47-50 og s. 149, Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 44-45.

Et tingsinnskudd innebærer at hele eller deler av et aksjeinnskudd består i eiendeler fremfor kontanter. Dette kan først og fremst være aktuelt ved stiftelsen av selskapet etter aksjelovenes § 2-4 jf. § 2-6, men også ved senere beslutning om kapitalforhøyelse etter aksjelovenes § 10-2, jf. § 2-6. Det er et helt sentralt å presisere at tingsinnskudd i utgangspunktet er legitimt, både ved stiftelsen av selskapet og ved senere beslutning om kapitalforhøyelse. Men denne typen transaksjoner representerer en generell fare for at selskapet i realiteten ikke tilføres de verdier som er forespeilet, slik at innskuddet ikke svarer til verdien av de utstedte aksjene.⁸⁶ Faren er et anliggende både for selskapets kreditorer og øvrige aksjonærer,⁸⁷ og har resultert i svært strenge og grundige saksbehandlingsregler.⁸⁸

For at de strenge saksbehandlingsreglene om tingsinnskudd skal medføre et reelt vern for selskapskreditorene og øvrige aksjonærer, må imidlertid også muligheten til omgåelse av reglene begrenses. Når lovforarbeidene uttrykkelig gjør at aksjelovenes § 3-8 skal vanskeliggjøre etterstiftelser, siktes det derfor til et slikt omgåelsesvern.⁸⁹

I en typisk etterstiftelse, vil det tilsynelatende ha skjedd to selvstendige transaksjoner mellom selskapet og aksjonæren. Den første transaksjonen vil representere et legitimt aksjeinnskudd i penger, enten som ledd i stiftelsen av selskapet eller som ledd i en senere kapitalforhøyelse. Den andre transaksjonen vil innebære at selskapet erverver eiendeler eller tjenester fra aksjonæren, mot et vederlag i kontanter. Det er den sistnevnte transaksjonen aksjelovenes § 3-8 tilsikter å vanskeliggjøre, ettersom det er denne overføringen som resulterer i en foreliggende etterstiftelse.

Om eiendelene eller tjenestene i den sistnevnte transaksjonen er overpriset, er i seg selv ikke avgjørende for om det er tale om en etterstiftelse i medhold av aksjelovenes § 3-8. Det er *muligheten* for omgåelse av reglene om tingsinnskudd som begrunner en særskilt behandling av avtalen etter aksjelovenes § 3-8.⁹⁰ Det kan med andre ord være tale om

⁸⁶ Problemet har derfor også en klar sammenheng til forbudet mot aksjetegning til underkurs etter aksjelovenes § 2-12 første ledd, jf. § 2-2 første ledd nr. 5(6).

⁸⁷ Ot.prp. nr. 4 (1995-1996) s. 23-24.

⁸⁸ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 29.

⁸⁹ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 41.

⁹⁰ Abrahamsen s. 343.

eiendeler som er reelt priset, motivet bak transaksjonskjeden har utelukkende vært å unngå de strenge saksbehandlingsreglene for tingsinnskudd.

3.2.1.2 Ivaretagelse av den alminnelige likhetsgrunnsetningen

Av forarbeidene fremgår det videre at aksjelovenes § 3-8 skal motvirke ulik behandling av aksjonærene, og således beskytte aksjeminoriteten.⁹¹ Dette har i juridisk teori blitt spesifisert til et formål om ivaretagelse av aksjerettens prinsipper om likebehandling av aksjonærene, også kalt *likhetsgrunnsetningen*.⁹²

Den alminnelige selskapsrettslige likhetsgrunnsetningen kommer til uttrykk i aksjelovenes § 4-1 første ledd første punktum, og innebærer at «alle aksjer gir lik rett i selskapet». Det fremgår av ordlyden at rettighetene knytter seg til aksjene og ikke deres eiere. Dette må ses i sammenheng med at en aksjonærs rettigheter oppstår som følge av sitt aksjeinnehav, og utgangspunktet om at aksjene er like i størrelse etter aksjelovene § 3-1.⁹³ Prinsippet er av andre juridiske forfattere formulert som at «aksjonærene har lik rett».⁹⁴ Med en slik utforming må det være underforstått at likheten er relativ etter hvor mange aksjer vedkommende disponerer.

Hva gjelder prinsippets materielle innhold, innebærer det at den enkelte aksje gir samme rett, uavhengig av hvem som eier den.⁹⁵ Når forarbeidene forespeiler at aksjelovenes § 3-8 skal hindre transaksjoner i strid med dette prinsippet, betyr det at majoritetsaksjonærer ikke skal kunne fremtvinge avtaler med selskapet, uten at rettighetene til de øvrige aksjonærene ivaretas. Ved å stille krav om godkjenning av selskapets avtaleinngåelser etter aksjelovene § 3-8, tildeles derfor generalforsamlingen den kompetansen som er nødvendig for å ivareta sin rolle som et organ for saksbehandling og kontroll, på vegne av aksjeminoriteten.⁹⁶

⁹¹ NOU 1996: 3 s. 50 og s. 149.

⁹² Abrahamsen s. 344 og Woxholth s. 175.

⁹³ Andenæs (2006) s. 132.

⁹⁴ Filip Truyen, *Aksjonærenes myndighetsmisbruk*, Oslo 2005 s. 97-98.

⁹⁵ Det alminnelige likhetsprinsippet kan imidlertid fravikes ved å innta bestemmelser om aksjeklasser i selskapets vedtekter, jf. aksjelovenes § 4-1 annet og tredje punktum.

⁹⁶ NOU 1996: 3 s. 50 og s. 149.

3.2.1.3 Beskyttelse av generelle kreditorinteresser

Forarbeidene forespeiler videre at aksjelovenes § 3-8 på generelt grunnlag skal sikre kreditorene mot at selskapskapitalen svekkes, gjennom utilbørlige overføringer til nærstående av selskapet.⁹⁷ Det er langt på vei tale om en forlengelse av formålet om vanskeliggjøring av etterstiftelser. Forarbeidene poengterer nemlig at faren for svekkelse av selskapskapitalen ikke bare er reell i tiden rundt stiftelsen av selskapet eller i etterkant av en kapitalforhøyelse, men at transaksjoner med nærstående av selskapet på generelt grunnlag vil kunne innebære en skjult uthuling av selskapskapitalen til skade for selskapets kreditorer.⁹⁸ Betraktningene har resultert i at aksjelovenes § 3-8 ikke er begrenset til avtaleinngåelser innenfor en periode på to år etter stiftelsen av selskapet eller etter gjennomført emisjon, slik tilfellet var tidligere.⁹⁹

3.2.2 Taler de legislative hensyn for gyldighetsbetingende saksbehandlingsregler?

3.2.2.1 Utgangspunkter

Når vi nå har fastlagt de legislative hensyn bak aksjelovenes § 3-8, må det klargjøres om hensynene gir føringer i spørsmålet om saksbehandlingsreglene etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd bør være betingende for selskapets bundethet av avtalen. Etter mitt syn vil det være avgjørende om ugyldighetsvirkninger ved foretatte saksbehandlingsfeil, fremstår som en forutsetning for at bestemmelsen skal virke i tråd med lovgivers uttrykkeligjorte formål.

3.2.2.2 Formålenes tilsiktede vern av selskapets kreditorer

3.2.2.2.1 Kreditorvernets rekkevidde: Materielle begrensninger for avtaleinnholdet eller synliggjøring av kapitalsvekkende transaksjoner?

Som nevnt i redegjørelsen for de legislative hensyn, forespeiler forarbeidene at aksjelovenes § 3-8 på et helt overordnet nivå, skal sikre kreditorene mot at selskapskapitalen svekkes gjennom utilbørlige overføringer til nærstående av

⁹⁷ NOU 1996: 3 s. 50.

⁹⁸ Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) s. 44-45.

⁹⁹ NOU 1996: 3 s. 50.

selskapet.¹⁰⁰ Et nærliggende spørsmål er om lovgiver med dette tilsikter at aksjelovenes § 3-8 skal oppstille en *materiell begrensning* for selskapets transaksjoner, i form av et krav om likevekt mellom ytelsene i avtaleforholdet.¹⁰¹ Som Abrahamsen og Aase¹⁰² poengterer, vil regelen i så fall utgjøre et forbud mot brudd på armlengdeprinsippet.¹⁰³

Såfremt aksjelovenes § 3-8 tilsikter å oppstille et slikt materielt hinder for kapitalsvekkende avtaleinngåelser, vil det etter mitt syn tale for en rettsstilling hvor revisorerklæringen, som bekrefter styrets verdierklæring om et rimelig samsvar mellom ytelsene i avtaleforholdet, gjøres betingende for avtalens gyldighet. Slik jeg ser det, er det nemlig tvilsomt om det foreligger tilstrekkelige incentiver for at selskapene i praksis skal innhente den påkrevde revisorerklæringen, dersom en unnlattelse ikke har innvirkning på avtalens gyldighet.

I juridisk teori har det vært problematisert om den påkrevde verdierklæringen i redegjørelsen fordrer *materiell likevekt* mellom ytelsene i avtaleforholdet.¹⁰⁴ Som vi har sett i oppgavens punkt 2.2.4, er det i dag avklart at den påkrevde verdierklæringen ikke følger av aksjelovenes § 2-6 første ledd nr. 4 første punktum, men av det særskilte kravet i aksjelovenes § 3-8 annet ledd annet punktum. Når aksjelovenes § 2-6 første ledd nr. 4 første punktum krever en erklæring om at de eiendelene selskapet skal overta har en verdi «... som minst svarer til...» det avtalte vederlaget, fordrer nok det materiell likevekt mellom ytelsene i avtaleforholdet.¹⁰⁵ Verdierklæringen etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd annet punktum skal på sin side *kun* påvise et «... rimelig samsvar...» mellom ytelsene. På dette grunnlag er det i teorien konkludert med at et tilsvarende krav om materiell likevekt ikke følger av aksjelovenes § 3-8.¹⁰⁶

¹⁰⁰ NOU 1996: 3 s. 50.

¹⁰¹ Det må uansett legges til grunn at kravet til et rimelig samsvar mellom ytelsene ikke er til hinder for at et eventuelt misforhold i ytelsenes verdi er i favør av selskapet, se oppgavens punkt 2.2.4.

¹⁰² Abrahamsen s. 360. Det må poengteres at Abrahamsen og Aase drøfter spørsmålet direkte under redegjørelsen for kravet om en verdierklæring, og at artikkelen kom før endringene ved lov 88/2006.

¹⁰³ Hvor det foreligger et interessefellesskap mellom selskapet og dets medkontrahent, forutsettes det at avtalens vilkår partene imellom bygger på armlengdes vilkår; de vilkår som ville blitt avtalt mellom to uavhengige parter, jf. Filip Truyen, «Myndighetsmisbruk i aksje- og allmennaksjeselskaper», *Jussens Venner*, 2004 s. 305-328 (s. 314).

¹⁰⁴ Bråthen (2007) s. 81-82.

¹⁰⁵ Se bl.a. Abrahamsen s. 360 og Bråthen (2007) s. 81-82.

¹⁰⁶ Bråthen (2007) s. 81-82.

En slik slutning er ikke problematisk, tvert imot ble det i den nærmere utformingen av aksjelovene § 3-8 annet ledd annet punktum, vektlagt et synspunkt fremsatt av Den norske Revisorforening, om at bestemmelsen kun skulle sikre «... tilstrekkelig likevekt...» mellom de ytelsene som presteres etter avtalen.¹⁰⁷ På dette grunnlaget synes det klart at aksjelovens § 3-8 annet ledd annet punktum ikke innebærer et absolutt krav om *materiell likevekt*, det er tilstrekkelig at verdierklæringen konstaterer en rimelig balanse mellom ytelsene.

Selv om det ikke kreves absolutt likevekt mellom ytelsene i avtaleforholdet etter aksjelovens § 3-8, er det ikke utelukket at aksjelovens § 3-8 oppstiller en *materiell begrensning* for avtaleinnholdet, av hensyn til selskapets kreditorer. Så lenge ordlyden utvetydig påkrever en verdierklæring som skal dokumentere *en grad av likevekt* mellom ytelsene i avtaleforholdet, og verdiforholdet skal bekreftes av en revisor, vil det tvert imot synes å foreligge en slik begrensning.

Men dersom lovgiver faktisk har tilsiktet et så omfattende kreditorvern, er det grunn til å problematisere hvorfor revisorerklæringen ikke er gjort gyldighetsbetingende for avtalen, på lik linje med generalforsamlingens godkjennelse etter aksjelovens § 3-8 første ledd. De foregående betraktningene viser at kreditorvernet etter aksjelovens § 3-8 fremstår noe usammenhengende. Dersom de uttalte formålene skal realiseres i den praktiske anvendelsen av aksjelovens § 3-8, fordrer det etter mitt syn en nær sammenheng mellom saksbehandlingsreglenes faktiske innhold på den ene siden, og rettsvirkningene hvor reglene forbigås på den annen side. En slik sammenheng synes vanskelig å spore i forarbeidene.

En interessant uttalelse i denne sammenheng, ble inntatt i forarbeidene i forbindelse med endringene i lov 88/2006. Justisdepartementet presiserte da at «hovedpoenget med § 3-8 ikke nødvendigvis er å fastslå at disposisjonene som foretas er ulovlige, men å få dem frem i lyset».¹⁰⁸ Uttalelsen kom som et slags tilsvarende svar til kritikken som fremkom i høringsrunden om at aksjelovens § 3-8 var overflødig, ettersom reglene om utdelinger tilsiktet det samme vern av kreditorene.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48 og s. 43.

¹⁰⁸ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 45.

¹⁰⁹ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 45.

Justisdepartementets betraktninger kan nok til en viss grad trekke i retning av at aksjelovenes § 3-8, ikke har til hensikt å oppstille materielle begrensninger for avtalens innhold. Men så lenge ordlyden oppstiller uttrykkelige krav til verdiforholdet mellom ytelsene i avtaleforholdet, er det etter mitt syn vanskelig å tillegge uttalelsen en slik mening. For meg fremstår den først og fremst upresis og forbeholden, nærmest som en erkjennelse av det vide og til dels uklare virkeområdet for aksjelovenes § 3-8. På den annen side blir det presisert at det tilsiktede kreditorvernet etter aksjelovenes § 3-8, uavhengig av eventuelle materielle begrensningene for avtalens innhold, også har en sekundær side, nemlig at transaksjonen skal *synliggjøres* for selskapets kreditorer.

På bakgrunn av det vi nå har sett, vil jeg i fortsettelsen for det første vurdere om aksjelovenes § 3-8 vil kunne oppstille legitime, materielle hindringer mot utilbørlige svekkelser av selskapskapitalen, utover det som allerede følger av den øvrige aksjelovgivning (punkt 3.3.2.2.2). Hensikten er å avklare nødvendigheten av at revisorerklæringen etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd gjøres gyldighetsbetingende for avtalen. For det andre må det klargjøres hvordan aksjelovenes § 3-8 kan sikre den forespeilede åpenhet om transaksjonen for selskapets kreditorer (punkt 3.3.2.2.3). En slik vurdering er avgjørende for om innmeldingen til Foretaksregisteret etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd, bør være betingende for avtalens gyldighet.

3.2.2.2.2 Materielle begrensninger for avtaleinnholdet - Forholdet til utdelingsreglene

Forarbeidene er som vi har sett noe uklare på om lovgiver med vedtakelsen av aksjelovenes § 3-8, tilsiktet materielle begrensninger for avtaleinnholdet, av hensyn til selskapets kreditorer. Vi har imidlertid også sett, at lovens ordlyd oppstiller et uttrykkelig krav om at avtaleforholdet skal reflektere et «rimelig samsvar» mellom ytelsene. Det er derfor vanskelig å komme utenom at aksjelovenes § 3-8 i *realiteten* innebærer slike begrensninger.

Et annet spørsmål er imidlertid om det er *nødvendig* med selvstendige materielle begrensninger for avtaleforholdet etter aksjelovenes § 3-8. Etter mitt syn må spørsmålet blant annet avgjøres ut fra om tilgrensende regelsett i aksjelovgivningen kan ivareta

slike kreditorinteresser på en tilstrekkelig måte. Særlig viktig i denne sammenheng, er reglene om utdelinger fra selskapet etter aksjelovenes § 3-6.¹¹⁰

Det følger av aksjelovenes § 3-6 første ledd, at utdeling fra selskapet til en aksjonær kun kan skje etter reglene om utbytte, kapitalnedsetting, fusjon eller fisjon av selskaper, og tilbakebetaling etter oppløsning. Som utdeling regnes «enhver overføring av verdier som direkte eller indirekte kommer aksjeeieren til gode», jf. aksjelovenes § 3-6 annet ledd. Slike disposisjoner kan således ikke foretas i større utstrekning, enn det de tre angitte regelsettene i første ledd tillater. Reglene skal hindre uthuling av selskapskapitalen av hensyn til selskapskreditorene og øvrige aksjonærer.¹¹¹ Helt konkret skal hensynene ivaretas gjennom ulike mekanismer, blant annet krav om fri egenkapital og kreditorvarsel.¹¹²

Det synes ikke tvilsomt at reglene om utdelinger i aksjelovenes § 3-6 gjelder parallelt med aksjelovenes § 3-8.¹¹³ Det vil si at en avtale som er påkrevd behandling slik aksjelovenes § 3-8 forespeiler, også må gå klar av reglene i aksjelovenes § 3-6 for å være lovmessig.¹¹⁴ Dersom den aktuelle avtalen i realiteten innebærer en maskert utdeling fra selskapet, vil konsekvensen være at avtalen er ugyldig etter aksjelovenes § 3-6,¹¹⁵ uavhengig av hvilke rettsvirkninger som tilknyttes saksbehandlingsreglene i aksjelovenes § 3-8 annet ledd.

Formuesoverføringer som urettmessig tilkommer aksjonær ved disposisjoner med selskapet, og dermed svekker selskapskapitalen til kreditorenes ugunst, er etter dette regulert i to uavhengige regelsett som tilsynelatende har samme uttalte formål. Om dette synspunktet opprettholdes fullt ut, vil aksjelovenes § 3-8 utgjøre et selvstendig vern for selskapskreditorene kun hvor avtalen etter aksjelovenes § 3-8 *ikke* innebærer noen

¹¹⁰ Også reglene i aksjelovenes § 8-7 om begrensninger for utlån og sikkerhetsstillelser vil utgjøre viktige begrensninger i selskapets mulighet til å foreta kapitalvekkende transaksjoner. Av hensyn til oppgavens lengde, velger jeg å begrense meg til en nærmere redegjørelse for utdelingsreglene.

¹¹¹ Se Gunnar Knudsen, «Forenkling og modernisering av aksjelovene», 2011, publisert på www.regjeringen.no punkt 2.5.

¹¹² Olav Fr. Perland, «Kapitalbeskyttelse for enhver pris?», *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2004 nr. 4 s. 526-580 (s. 531).

¹¹³ Se Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) side 45, samt Aarbakke m.fl. s. 203 og Bråthen (2011) s. 46

¹¹⁴ Dette innebærer blant annet at utdelingen må godkjennes av generalforsamlingen, se eksempelvis aksjelovenes § 8-2, jf. § 3-6. Dersom avtalen innebærer en utdeling til én aksjonær, kreves tilslutning fra de aksjonærene som får forringet sin rett, jf. Aarbakke m.fl. s. 397-398.

¹¹⁵ Se eksempelvis betraktningene i LG-2002-00714.

verdioverføring som direkte eller indirekte kommer aksjonæren til gode.¹¹⁶ Da kreditorenes berettigede interesse i å angripe slike transaksjoner synes liten, foreligger det etter mitt syn få holdepunkter for at aksjelovenes § 3-8 skal oppstille selvstendige materielle begrensninger for avtaleinnholdet, på bakgrunn av kreditorhensyn. Jeg kan i et *nødvendighetsperspektiv* derfor heller ikke se et presserende behov for at avtalens gyldighet skal være betinget av et foreliggende «rimelig samsvar» mellom ytelsene.

3.2.2.2.3 Synliggjøring av kapitalsvekkende transaksjoner

Som vi har sett, presiserte Justisdepartementet i forbindelse med endringene ved lov 88/2006, at hovedpoenget med § 3-8 ikke nødvendigvis er å fastslå at disposisjonene som foretas er ulovlige, men «å få dem frem i lyset».¹¹⁷ Spørsmålet er i hvilken grad aksjelovenes § 3-8 ivaretar et slikt formål, dersom saksbehandlingsreglene i bestemmelsens annet ledd ikke er betingende for avtalens gyldighet.¹¹⁸

Det synes lite tvilsomt at den gyldighetsbetingende saksbehandlingsregelen etter aksjelovenes § 3-8 første ledd, ikke sikrer den tilsiktede åpenhet om transaksjonen. At generalforsamlingen godkjenner en avtale, vil ikke i seg selv medføre noen synliggjøring av avtaleinngåelsen overfor selskapets kreditorer. Dette er nok især en realitet for aksjeselskaper med kun én aksjonær, hvor offentliggjøring av informasjon omkring avtalen er den eneste måten å sikre en grad av denne type kreditorbeskyttelse.¹¹⁹ Utilstrekkeligheten ved saksbehandlingsregelen etter aksjelovenes § 3-8 første ledd, forsterkes av at godkjennelsen kun fordrer et ordinært flertall av aksjekapitalen som er representert i generalforsamlingen, med mindre annet er fastsatt i vedtektene, se aksjelovenes § 5-17, jf. § 5-3 første ledd.¹²⁰

Dersom aksjelovenes § 3-8 på selvstendig grunnlag skal kunne sikre synliggjøring av avtaleinngåelsen som forespeilet i forarbeidene, er det etter mitt syn vanskelig å komme utenom et gyldighetsbetingende krav om innmelding av redegjørelsen til

¹¹⁶ Perland s. 531.

¹¹⁷ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 45.

¹¹⁸ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48.

¹¹⁹ Abrahamsen s. 365. I selskaper med bare én aksjeeier skal riktignok avtaler mellom selskapet og aksjeeieren nedtegnes skriftlig, jf. asl. § 6-13. Så lenge det ikke sikres publisitet om dette, vil det imidlertid ikke innebære et reelt vern for selskapets kreditorer.

¹²⁰ Perland s. 532.

Foretaksregisteret. I så måte står lovgivers uttalte formål om å få transaksjonene frem i lyset,¹²¹ nærmest i motsetning til uttrykkeligjøringen av at saksbehandlingsreglene etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd ikke er gyldighetsbetingende.¹²² Mens bestemmelsen på den ene siden forankres i et konkret formål, konstateres det på den annen side at vilkåret som skal realisere formålet, ikke har betydning for selskapets bundethet av avtalen.

Det kan nevnes at Perland¹²³ har stilt kritiske spørsmål ved i hvilken grad innmelding til Foretaksregisteret synliggjør avtaleinngåelsen for selskapets kreditorer. Kritikken baserer seg på at selve redegjørelsen ikke kunngjøres. Brønnøysundregistrene bekrefter at dette medfører riktighet. Deres kunngjøring etter lov om registrering av foretak 21. juni 1985 nr. 78 § 6-2 sjette ledd, inneholder kun en bekreftelse på at det er mottatt redegjørelse, dato for redegjørelsen samt hvem selskapet har inngått avtale med. *Redegjørelsen* selv blir i så måte ikke kunngjort. At dette har noen avgjørende betydning for selskapets kreditorer, kan jeg imidlertid ikke se. Alle opplysningene som registreres i Foretaksregisteret, foruten fødselsnummer, er nemlig offentlige, jf. foretaksregisterloven § 8-1. Enhver har altså rett til å gjøre seg kjent med redegjørelsen, og kan bestille kopi av denne hos Foretaksregisteret. Så lenge det kunngjøres informasjon om at det er mottatt redegjørelse om avtale etter aksjelovenes § 3-8, vil selskapskreditorene etter mitt syn ha en adekvat mulighet til å gjøre seg kjent med omstendighetene ved avtalen.

3.2.2.3 Formålenes tilsiktede vern av minoritetsaksjonærer

3.2.2.3.1 Aksjonærvernets rekkevidde: Materielle begrensninger for avtaleinnholdet eller synliggjøring av kapitalvekkende transaksjoner?

Som det fremgår av redegjørelsen for de legislative hensyn bak aksjelovenes § 3-8, skal bestemmelsen vanskeliggjøre majoritetsaksjonærens mulighet til å fremtvinge disposisjoner med selskapet, uten at rettighetene til de øvrige aksjonærene ivaretas.

¹²¹ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 45.

¹²² Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48.

¹²³ Perland s. 532.

Det er betimelig å spørre om det minoritetsvern som etter formålene tilsiktes ivaretatt, fordrer at aksjelovenes § 3-8 skal oppstille en materiell hindring for avtaleinngåelser som favoriserer majoritetsaksjonærene på bekostning av selskapets interesser. Spørsmålet sammenfaller langt på vei med problematiseringen av om kreditorformålene bak aksjelovenes § 3-8, tilsikter en materiell begrensning for avtaleinnholdet (se punkt 3.2.2.2.1 og punkt 3.2.2.2.2). Om lovgiver har hatt slike motiver, vil det etter mitt syn fordre at den påkrevde revisorerklæringen gjøres gyldighetsbetingende for avtalen.

I relasjon til kreditorformålene så vi at det var vanskelig å finne entydige svar på spørsmålet, primært fordi lovgiver tilsynelatende har unngått å trekke klare linjer mellom saksbehandlingsreglene og de tilknyttede rettsvirkningene. Hva gjelder vernet av minoritetsaksjonærene, kan uklarheten synes noe mindre påtagende. Forarbeidene kan nemlig tolkes dit hen at det er saksbehandlingsregelen etter aksjelovenes § 3-8 første ledd, som skal ivareta den alminnelige likhetsgrunnsetningen på selvstendig grunnlag.¹²⁴ Den påkrevde behandlingen i generalforsamlingen vil i seg selv ikke hindre at majoritetsaksjonærene fremmer sine interesser på bekostning av øvrige aksjonærer, da det er tilstrekkelig med et alminnelig flertall for å godkjenne avtalen, jf. aksjelovene § 5-17 første ledd.¹²⁵ På dette grunnlag kan det synes som at lovgiver ikke har tiltenkt at aksjelovenes § 3-8 skal medføre materielle begrensinger for avtaleinnholdet, av hensyn til selskapets minoritetsaksjonærer.

Synspunktet underbygges av at flere tilgrensende regelsett i aksjelovgivningen inneholder materielle hindringer, som minimerer aksjemajoritetens anledning til å begunstige seg på mindretallets bekostning. I relasjon til kreditorformålene ble det i denne sammenheng gjort særlig rede for utdelingsreglene (se punkt 3.2.2.2.2). Disse gir en tilsvarende grad av beskyttelse for minoritetsaksjonærer.¹²⁶

Minoritetsaksjonærene vil i tillegg kunne oppnå en grad av beskyttelse etter aksjelovenes § 5-21 om generalforsamlingens myndighetsmisbruk,¹²⁷ og aksjelovenes §

¹²⁴ NOU 1996: 3 s. 149.

¹²⁵ Perland s. 532. At flertallsprinsippet på denne måten begrenser vernet av aksjeminoriteten, er nødvendig for et sikkert og smidig styringssystem i selskapet, jf. NOU 1992: 29 s. 46.

¹²⁶ Se Gunnar Knudsen, «Forenkling og modernisering av aksjelovene», 2011, publisert på www.regjeringen.no punkt 2.5.

¹²⁷ Truyen (2004) s. 319-320.

6-28 om styrets myndighetsmisbruk.¹²⁸ Begge former for myndighetsmisbruk kan gi grunnlag for erstatningsansvar overfor selskapet etter aksjelovenes § 17-1.¹²⁹

Jeg kan etter dette ikke se at lovgivers uttalte formål om å ivareta aksjerettens likhetsgrunnsetning, i seg selv forespeiler materielle begrensinger for avtaleinnholdet etter aksjelovenes § 3-8. Med det tilsiktede aksjonærvernet for øyet, synes det derfor ikke nødvendig at revisorerklæringen gjøres gyldighetsbetingende for avtalen.

3.2.2.3.2 Synliggjøring av kapitalsvekkende transaksjoner

Den alminnelige likhetsgrunnsetningen vil primært sikres gjennom meningsbrytning og reell diskusjon, når den forestående avtalen behandles i generalforsamlingen etter aksjelovenes § 3-8 første ledd. Aksjonærene vil i forlengelsen også ha *mulighet* til å påvirke sakens utfall ved egen stemmeavgivning.

Men kanskje enda viktigere, er den informasjon som åpenbares for aksjonærene. På samme måte som innmeldingen av redegjørelsen til Foretaksregisteret vil synliggjøre transaksjonen overfor selskapets kreditorer (se punkt 3.2.2.2.3), vil saksbehandlingen etter aksjelovenes § 3-8 første ledd synliggjøre transaksjonen for de aksjonærer som ikke er part i avtaleforholdet. Sett i sammenheng med de materielle begrensningene for avtaleinnholdet i aksjelovgivningen for øvrig, vil vedkommende da ha mulighet til å agere mot eventuelle urettmessigheter ved avtalen. Som vi har sett er det uomstridt at generalforsamlingens godkjennelse som hovedregel er gyldighetsbetingende for selskapets forpliktelser etter avtalen.¹³⁰ Gjeldende rett synes derfor etter mitt syn å realisere det tilsiktede aksjonærvernet på en tilstrekkelig måte.

3.2.2.4 Konklusjon

Justisdepartementets slutning om at saksbehandlingsreglene i aksjelovenes § 3-8 annet ledd ikke er betingende for avtalens gyldighet, er ikke uproblematisk sett hen til formålene bak aksjelovenes § 3-8. Hva gjelder minoritetsaksjonærenes rettigheter, vil disse riktignok ivaretas tilstrekkelig gjennom den påkrevde behandlingen i

¹²⁸ Bråthen (2011) s. 48.

¹²⁹ Aarbakke m.fl. s. 405 og s. 547.

¹³⁰ Woxholth s. 174.

generalforsamlingen, etter bestemmelsens første ledd. Problematikken knytter seg derfor til ivaretagelsen av selskapskreditorenes interesser.

Som vi har sett, er det uklart om de legislative hensyn fordrer at aksjelovenes § 3-8 skal oppstille selvstendige materielle begrensninger for avtaleinnholdet, av hensyn til selskapets kreditorer. Når ordlyden oppstiller et uttrykkelig krav om at avtaleforholdet skal reflektere et «rimelig samsvar» mellom ytelsene, dokumentert både i styrets verdierklæring og revisorens bekreftende uttalelse, er det vanskelig å komme utenom at aksjelovenes § 3-8 i *realiteten* oppstiller slike begrensninger. I et *realitetsperspektiv*, bør nok derfor innhentingen av revisorerklæringen være betingende for avtalens gyldighet. Men om man derimot betrakter spørsmålet i et *nødvendighetsperspektiv*, tegner det seg et annet bilde. Ettersom tilsvarende materielle begrensninger for avtaleinnholdet følger av tilgrensende regelsett i aksjelovgivningen, herunder først og fremst utdelingsreglene, synes det nemlig ikke å være nødvendig med en gyldighetsbetingende revisorerklæring. Som vi skal se i oppgavens kapittel 3.3, foreligger det også øvrige hensyn som underbygger den sistnevnte løsningen.

Det er videre klart at lovformålene fordrer at avtaleinngåelser etter aksjelovenes § 3-8 skal synliggjøres for selskapets kreditorer. Men dersom selskapet, med eller uten overlegg, unnlater å innmelde en redegjørelse til Foretaksregisteret, er utgangspunktet at slik synliggjøring ikke vil skje. Hvis regelen skal forstås som et rent formkrav, uten selvstendig innvirkning på avtalens gyldighet, er det etter mitt syn fare for det ikke foreligger tilstrekkelige insentiver til overholdelse av loven. Riktignok vil innmeldingen kunne ha en verdi for selskapet, ettersom det vil sikre avtalen en grad av notoritet. Men dersom aksjelovenes § 3-8 skal styrke kreditorvernet i praksis, kan bestemmelsen ikke basere seg på hva selskapet til enhver tid finner det hensiktsmessig å gjøre. Med grunnlag i formålene bak aksjelovenes § 3-8, er det derfor mye som taler for at innmeldingen til Foretaksregisteret bør være betingende for avtalens gyldighet.

3.3 Reelle hensyn

I det foregående har jeg vurdert saksbehandlingsreglene på bakgrunn av de legislative hensynene bak aksjelovenes § 3-8. Formålsbetraktningene fastlegger nok i prinsippet lovgivers *minstekrav* til saksbehandlingsreglene i aksjelovenes § 3-8 annet ledd. Som vi

har sett, synes disse minstekravene å fordre at kravet om innmelding av redegjørelsen til Foretaksregisteret, gjøres gyldighetsbetingende for avtaler etter aksjelovenes § 3-8. Når loven samtidig oppstiller et uttrykkelig krav til verdiforholdet mellom ytelsene i avtalen, må nok det samme i utgangspunktet legges til grunn for den påkrevde revisorerklæringen. Spørsmålet videre er derfor om reelle hensyn taler for en rettsstilstand som fraviker dette utgangspunktet, slik at kretsen av gyldighetsbetingende saksbehandlingsregler i aksjelovenes § 3-8 annet ledd enten bør utvides eller begrenses.

I den forestående drøftelsen vil jeg trekke inn enkelte aspekter ved aksjelovenes § 3-8, som lovgiver ikke synes å ha tatt stilling til under prosessen med å utarbeide bestemmelsen. Jeg vil for det første ta for meg de særlige hensyn som gjør seg gjeldende hvor konserninterne avtaleinngåelser er påkrevd behandling etter aksjelovenes § 3-8 (punkt 3.4.1). For det andre vil jeg problematisere medkontrahentens stilling i avtaleforholdet ved avtaleinngåelser etter aksjelovenes § 3-8 (punkt 3.4.2).

3.3.1 Selskapsinteresser – Særlig om konserninterne avtaleinngåelser

Som vi har sett, er det vanskelig å komme utenom at aksjelovenes § 3-8 annet ledd i realiteten tilsikter å oppstille materielle begrensninger for avtaleinnholdet (se punkt 3.2.2.2.1). Dette taler som nevnt for en rettsstilstand hvor revisorerklæringen er gyldighetsbetingende for selskapets forpliktelser etter avtalen. I det forestående vil jeg forsøke å belyse at en slik løsning vil kunne være særlig problematisk, dersom det aktuelle selskapet inngår i et konsernforhold.

Hvor det i et konsern¹³¹ foretas en transaksjon mellom morselskap og datterselskap, vil datterselskapet i utgangspunktet måtte foreta behandling av avtalen som forespeilet i aksjelovenes § 3-8.¹³² Det samme vil være tilfelle ved transaksjoner mellom to eller flere datterselskaper. For morselskapets vedkommende er imidlertid hovedregelen at slik behandling ikke er påkrevd.¹³³

¹³¹ Et «konsern» består av et morselskap sammen med ett eller flere datterselskaper, jf. aksjelovenes § 1-3 første ledd.

¹³² Forutsetningen er naturligvis at datterselskapets ytelse overstiger beløpsgrensene i aksjelovenes § 3-8 første ledd første punktum, og at avtalen ikke omfattes av unntaksbestemmelsene i § 3-8 første ledd annet punktum nr. 1-4(5).

¹³³ Det må imidlertid oppstilles et unntak hvor datterselskapet er aksjonær i morselskapet, se Berge s. 57.

Konsernforholdet er en selskapsstruktur som samler driften av flere enkeltstående selskap til en økonomisk enhet.¹³⁴ Formålet med å organisere seg som et konsern vil primært være å generere høyere avkastning gjennom utnyttelse av konsernets samlede ressurser. Dette nødvendiggjør en rekke avtaleinngåelser mellom selskapene, blant annet i form av konsernbidrag, utbytter og konserninterne lånearrangementer. Når partenes ytelser skal fastsettes ved slike transaksjoner, vil det på dette grunnlag være nærliggende å bygge på konsernets interesser.

På den annen side er det klart at de enkeltstående selskapene som inngår i konsernet er selvstendige rettssubjekter.¹³⁵ Noe annet ville nærmest legitimere utarming av datterselskapene, og implisitt medføre at deres særkreditorer fikk sine interesser tilsidesatt. Selskapene har således sin selvstendige selskapsrettslige organisasjon, og det enkelte selskap har sine rettigheter og plikter. Videre skal det enkelte konsernselskap fremlegge et eget årsregnskap, som viser selskapets isolerte resultat og stilling. Når ytelsene skal fastsettes i en konsernintern transaksjon, vil det ut fra et slikt perspektiv være mest nærliggende å vektlegge interessene for det enkeltstående selskap.

Konsernet som en økonomisk og organisasjonsmessig enhet på den ene siden, og konsernselskapene som rettslige selvstendige enheter på den annen side, er i forarbeidene ansett å være problematisk for selskapsretten.¹³⁶ Som vi nå skal se, er problematikken meget sentral hvor konserninterne transaksjoner må klareres etter aksjelovenes § 3-8.

Normalt vil morselskapet ha bestemmende innflytelse i datterselskapet i kraft av en aksjemajoritet.¹³⁷ I disse tilfellene vil det trolig være lite problematisk å innhente generalforsamlingens godkjennelse etter aksjelovenes § 3-8 første ledd. Like uproblematisk vil det sjelden være når datterselskapet skal innhente en revisorerklæring, som dokumenterer at avtaleforholdet innebærer en rimelig balanse mellom selskapets

¹³⁴ NOU 1996: 3 s. 86.

¹³⁵ NOU 1996: 3 s. 86.

¹³⁶ NOU 1996: 3 s. 86.

¹³⁷ Etter aksjelovenes § 1-3 annet ledd defineres et morselskap som et aksjeselskap med bestemmende innflytelse over et annet selskap «på grunn av avtale, eller som eier av aksjer eller selskapsandeler».

innkommende og utgående verdier.¹³⁸ Årsaken ligger nettopp i de kryssende selskapsinteressene som preger et konsernforhold. Mens selskapene i praksis vil kunne finne det hensiktsmessig å legge konserninteresser til grunn ved sin vurdering av verdiforholdet, kan det synes som at revisorene kun forholder seg til datterselskapet som en selvstendig enhet i denne vurderingen.¹³⁹

Dette er et særlig problem ved avtaler om datterselskapers sikkerhetsstillelse for morselskapets lån, da det i disse transaksjonene ofte vil være vanskelig å påvise umiddelbare verdioverføringer til datterselskapet.¹⁴⁰ For datterselskapet, som en del av et konsern, kan det være nærliggende å legge vurderinger til grunn ved verdsettelsen av ytelsene, som skiller seg fra revisorenes retningslinjer. Sikkerhetsstillelsen kan eksempelvis være helt nødvendig for å sikre morselskapets videre finansiering, og slik sett også være avgjørende for datterselskapets fremtidige levedyktighet.

Det er på den annen side en kjensgjerning at også det enkeltstående selskap må beskyttes ved slike transaksjoner. Det må således også for denne typen avtaler foreligge et regelverk, som i noen grad ivaretar prinsippet om at selskapets avtaleinngåelser med nærstående parter skal skje på armlengdes vilkår.¹⁴¹ Ignorerer et slikt prinsipp fullstendig, slik at konsernet utelukkende kan tenke helhetlige interesser, ville det i realiteten legitimere tapping av datterselskapene i et konsernforhold. Eksempelvis ville konsernet kunne organiseres slik at datterselskapene ble pålempet alle utgifter, mens morselskapet forvaltet alle inntekter.¹⁴² Det ville gjøre datterselskapenes særkreditorer og eventuelle minoritetsaksjonærer, maktesløse overfor morselskapet.

¹³⁸ Revisorene vil trolig ikke nekte erklæring hvor misforholdet begunstiger datterselskapet, se oppgavens punkt 2.2.4.

¹³⁹ Revisorene har strenge retningslinjer å forholde seg til, både hva gjelder krav til overbevisning for sine attestasjoner og dokumentasjon for sine vurderinger, se Attestasjonsstandard SA 3802», punkt 4 og 7, samt punkt 16 følgende. Vurderingen av om det foreligger et rimelig samsvar mellom ytelsene i avtaleforholdet, skal videre baseres på revisorens «skjønn og egen erfaring», jf. Attestasjonsstandarden 3802 punkt 127. Det er på dette grunnlag ikke vanskelig å skjønne at det kan være problematisk for en revisor å bekrefte redegjørelser som baserer seg på konserninteresser.

¹⁴⁰ Er det tale om en sikkerhetsstillelse for lån som skal komme datterselskapet direkte til gode, er det antatt å falle utenfor aksjelovenes § 3-8. Antagelsen baserer seg på at det vil være en avtale som er inngått som ledd i selskapets vanlige virksomhet etter aksjelovenes § 3-8 første ledd annet punktum nr. 4, jf. Berge s. 34.

¹⁴¹ Tryen (2004) s. 319.

¹⁴² Tore Bråthen, «Konserninterne transaksjoner», *Magna – Econas tidsskrift for økonomi og ledelse*, 2004 nr. 1 (artikkelens s. 3), publisert på www.magma.no.

Det særskilte behovet for beskyttelse av selskapskapitalen i datterselskaper, kan nok i utgangspunktet tale for at kravet til en revisorerklæring etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd bør være gyldighetsbetingende for datterselskapets forpliktelser etter avtalen. Dette er imidlertid ikke en selvsagt løsning. En innlysende innvending er at lovgiver har valgt å legitimere konsernforholdet i aksjelovgivningen, vel vitende om at formålet med en slik selskapsstruktur ofte vil være å forbedre avkastningen, gjennom utnyttelse av konsernets samlede ressurser. Dersom gyldigheten av alle konserninterne transaksjoner skulle avhenge av en likevekt i ytelsene, og denne vurderingen utelukkende baserte seg på datterselskapets interesser som en selvstendig enhet, ville det etter mitt syn kunne være med på å underminere konsernforholdet som selskapsstruktur.

Synspunktet støttes etter mitt syn av at konserninterne transaksjoner, uavhengig av om aksjelovenes § 3-8 anvendes på forholdet, må være inngått på «vanlige forretningsmessige vilkår og prinsipper», jf. aksjelovenes § 3-9 første ledd første punktum. Bestemmelsen klargjør med andre ord at også konserninterne transaksjoner må skje på vilkår i tråd med armlengdeprinsippet.¹⁴³ Avtalen kan dermed ikke innebære en ensidig verdioverføring. Så langt forligger det klare likheter med verdivurderingen som skal foretas etter aksjelovenes § 3-8. Det er imidlertid også klare forskjeller. En revisorbekreftelse av selskapets verdivurdering er nemlig ikke påkrevd etter aksjelovenes § 3-9, det er domstolene som eventuelt må overprøve de momenter selskapet legger til grunn i sin vurdering av kontraktens kommersielle nytte.¹⁴⁴ Dette medfører at vurderingen som forespeiles i aksjelovenes § 3-9, lar konserninteressen danne utgangspunktet for fastsettelsen av ytelsenes verdi.¹⁴⁵ Datterselskapenes selvstendige interesser ivaretas ved at avtaleinnholdet tolkes i lys av en lojalitetsplikt mellom selskapene.¹⁴⁶ Dersom de konserninterne transaksjonene var uttømmende regulert i aksjelovenes § 3-9, ville det tillate selskapet å legge legitime konserninteresser til grunn for avtaleforholdet, uten at en revisor, på bakgrunn av sine retningslinjer, ble påtvunget å begrense selskapets avtalefrihet på en uhensiktsmessig måte.

¹⁴³ Bråthen (2004) s. 1.

¹⁴⁴ *l.c.*

¹⁴⁵ *ibid* s. 3.

¹⁴⁶ *l.c.*

Avslutningsvis vil også kreditorene i et konsernforhold beskyttes mot utilbørlige svekkelser av selskapskapitalen, gjennom de materielle begrensingene som er fastsatt i aksjelovgivningens utdelingsregler (se punkt 3.2.2.2.2).¹⁴⁷

Hensynet til konsernforholdet som en legitimert selskapsstruktur, taler etter dette for at revisorerklæringen etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd ikke er gyldighetsbetingende for avtalen. Den mest nærliggende løsningen ville imidlertid være å unnta konserninterne transaksjoner fra den påkrevde revisorerklæringen etter aksjelovenes § 3-8, slik at verdiforholdet mellom ytelsene utelukkende ble fastlagt etter aksjelovenes § 3-9.

3.3.2 Medkontrahentens interesser

Hensynet til selskapets medkontrahent, og selskapets mulighet til å spekulere i avtalen til vedkommendes ugunst, er tilsynelatende ikke drøftet i forarbeidene til aksjelovenes § 3-8. Etter mitt syn er det sentralt å se at medkontrahentens stilling vil bli mer uforutsigbar og utsatt, jo flere gyldighetsbetingende saksbehandlingsregler som følger av aksjelovenes § 3-8.¹⁴⁸

Årsaken til den tilsynelatende forbigåelsen av medkontrahenten i forarbeidene, må nok ses i sammenheng med at den kontraktsrettslige delen av selskapsretten har en noe spesiell karakter. Mens alminnelige avtalerett først og fremst er utformet på bakgrunn av topartsrelasjoner, er selskapsretten i langt større grad preget av flerpartsrelasjoner.¹⁴⁹ Det er således ikke tilstrekkelig å ta høyde for rettsforholdet mellom løftegiver og løftemottaker, også en omfattende krets av fysiske og juridiske personer vil kunne få sine interesser berørt ved selskapets avtaleinngåelser. På denne bakgrunn er det i selskapsretten, som vi har sett under de legislative hensyn, utviklet et sterkt tredjemannsvern. Dette går utvilsomt på bekostning av avtalepartenes interesser, og hvilket gjenspeiler seg i rettsstillingen for selskapets medkontrahent etter aksjelovenes § 3-8.

¹⁴⁷ Ytterligere materielle begrensninger er fastsatt i aksjelovgivningens regler om lån og sikkerhetsstillelse, se bl.a. aksjelovenes § 8-7.

¹⁴⁸ Et gyldighetsbetingende krav om innmelding til Foretaksregisteret, kan nok allikevel tenkes å sikre medkontrahenten en grad av notoritet over avtaleforholdet.

¹⁴⁹ Jan Fridthjof Bernt og Kai Krüger, «Ugyldighetsbegrepet i kontraktsretten og forvaltningsretten», i *Samfunn, rett og rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, Spydeberg 1986 s. 86-122 (s. 111).

Medkontrahentens utsatte stilling har også vært en innvending mot ugyldighetskravet i aksjelovenes § 3-8 første ledd.¹⁵⁰ Hvor det i etterkant av en avtaleinngåelse viser seg at godkjenning fra generalforsamlingen ikke er innhentet, er dette i utgangspunktet en ensidig avtalerettslig tilblivelsesmangel.¹⁵¹ Medkontrahenten har som hovedregel¹⁵² nemlig ikke mulighet til å påberope seg mangelen som grunnlag for sin ubundethet. Problemet forsterkes av at det ikke foreligger lovpålagte tidsbegrensninger for når selskapet kan påberope seg ugyldighet, og erklære seg ubundet av avtalen. På dette punktet, har hensynet til medkontrahenten også en klar parallell til det tilsiktede vernet av minoritetsaksjonærene (se punkt 3.2.2.3). Anvendelsesområdet for aksjelovenes § 3-8 er nemlig ikke begrenset til transaksjoner hvor medkontrahenten er en majoritetsaksjonær, som i sammensvergelse med selskapet, gjennomtvinger en avtale i ond tro. Også legitime avtaleinngåelser mellom selskapet og minoritetsaksjonærer omfattes av bestemmelsen. Når selskapet gis en ensidig mulighet til å påberope saksbehandlingsfeil som grunnlag for sin ubundethet av avtalen, vil derfor aksjelovenes § 3-8 kunne ende opp med å svekke minoritetsaksjonærenes rettigheter. Bestemmelsen vil i så fall virke stikk i strid med lovgivers intensjoner.

Tilsvarende betraktninger vil trolig gjøre seg gjeldende dersom saksbehandlingsreglene i aksjelovenes § 3-8 annet ledd gjøres gyldighetsbetingende for avtalen. Det kan riktignok tenkes at betenkelighetene ville være mindre, dersom begge avtalepartene kunne erklære seg ubundet av avtalen på grunnlag av selskapets saksbehandlingsfeil. Slik jeg ser det, er imidlertid ikke problemet at medkontrahenten fratas en spekulasjonsmulighet tilsvarende den selskapet har, urimeligheten knytter seg til at bestemmelsen i det hele tatt åpner for å fremkalle ugyldighet hvor avtalen viser seg å være ugunstig for en av partene. At medkontrahenten under visse omstendigheter trolig kan få erstatning for den negative kontraktsinteresse etter den alminnelige culperegelen,¹⁵³ kan ikke gjøre opp for en slik rettsstilling.

¹⁵⁰ Se Perland s. 533 og Bråthen (2003) s. 892-893.

¹⁵¹ Bråthen (2003) s. 892.

¹⁵² Dersom avtalen ikke er gjennomført, er det imidlertid antatt at medkontrahenten må kunne kreve behandling i generalforsamlingen innen en gitt frist. Etterkommer ikke styret dette, kan medkontrahenten erklære seg ubundet av avtalen, se Jill Haugstvedt, «Aksjelovenes § 3-8 – En spesiell avtalerettslig tilblivelsesmangel», *Liten masteroppgave i rettsvitenskap ved Universitetet i Tromsø*, våren 2010 s. 30.

¹⁵³ Berge s. 96-97.

Dersom saksbehandlingsreglene i aksjelovenes § 3-8 annet ledd skulle være betingende for selskapets bundethet av avtalen, ville medkontrahentens rettsstilling i enda større grad tilsidesettes. Det paradoks at et selskap kan påberope seg sine egne overtredelser som grunnlag for ubundethet av ellers legitime avtaler,¹⁵⁴ ville ha blitt forsterket ytterligere med en slik rettstilstand.

3.4 Sammenfatning

Som vi har sett, er betraktningene de lege ferenda delte hva gjelder spørsmålet om den påkrevde revisorerklæringen etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd bør være gyldighetsbetingende for avtalen. Om man legger til grunn et *realitetsperspektiv*, hvor man vektlegger at lovgiver med den påkrevde verdivurderingen har tilsiktet materielle begrensninger for avtaleinnholdet, er det mye som taler for at innhenting av en revisorerklæring må være betingende for avtalens gyldighet. Men om man betrakter spørsmålet i et *nødvendighetsperspektiv*, og ser på hensiktsmessigheten av at saksbehandlingsregelen skal være gyldighetsbetingende for avtalen, er det etter mitt syn klart at manglende revisorerklæring ikke bør medføre ugyldighet. For det første har jeg påvist at det foreligger tilgrensende regelsett i aksjelovgivningen som oppstiller materielle begrensninger for avtaleinnholdet, og som derfor sikrer kreditorene mot utilbørlige svekkelser av selskapskapitalen på en tilstrekkelig måte (se oppgavens punkt 3.2.2.2.2). For det andre har vi sett at hensynet til konsernforholdet som en legitimert selskapsstruktur, taler for at konserninteresser i utgangspunktet må kunne legges til grunn ved verdifastsettelsen av avtaleforholdets ytelser (se oppgavens punkt 3.3.1). For det tredje veier det tungt at et utvidet omfang av gyldighetsbetingende saksbehandlingsregler etter aksjelovenes § 3-8, vil medføre at medkontrahentens stilling gjøres ytterligere uforutsigbar. Særlig tungtveiende er dette hensynet dersom en eventuell gyldighetsregel skulle gi en *ensidig* spekulasjonsadgang for selskapet, i likhet med aksjelovenes § 3-8 første ledd (se oppgavens punkt 3.3.2).

Betraktningene de lege ferenda er langt mer entydige, hva gjelder spørsmålet om den påkrevde innmeldingen til Foretaksregisteret må være betingende for avtalens gyldighet. Som vi har sett, tilsikter forarbeidene at avtaler etter aksjelovenes § 3-8 skal synliggjøres for selskapets kreditorer. Dersom bestemmelsen i praksis skal ivareta et

¹⁵⁴ Perland s. 533.

slikt hensyn, har jeg funnet det nødvendig at ugyldighetsvirkninger inntreder dersom selskapet unnlater å foreta innmeldingen (se punkt 3.2.2.2.3). Riktignok kan hensynet til medkontrahenten tale imot en slik løsning. Slik jeg ser det må imidlertid et slikt synspunkt modereres noe, ettersom kunngjøringen i Foretaksregisteret vil sikre en viss notoritet over avtalen for begge avtalepartene. En kunne videre tenke seg at innmeldingen til Foretaksregisteret ble betingende for begge parter bundethet av avtalen, i motsetning til hva som gjelder etter aksjelovenes § 3-8 første ledd. Betenkelighetene overfor medkontrahenten ville i så fall være enda mindre.

Om man ser de to foregående slutninger i sammenheng, gir dette grunnlag for en konklusjon de lege ferenda om at de prosessuelle kravene etter aksjelovenes § 3-8 ikke *utelukkende* kan sidestilles som gyldighetsbetingende saksbehandlingsregler.

Det må avslutningsvis poengteres at den rettslige løsningen jeg forespeiler, vil være problematisk sett hen til hvordan aksjelovenes § 3-8 praktiseres i dag. Årsaken er at Foretaksregisteret nekter registrering av redegjørelser etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd, dersom det ikke vedlegges en revisorerklæring som bekrefter et tilstrekkelig samsvar mellom ytelsene i avtaleforholdet.¹⁵⁵ Innmeldingen til Foretaksregisteret kan derfor ikke praktiseres som et gyldighetsbetingende krav for avtaler underlagt aksjelovenes § 3-8, uten at revisorerklæringen i realiteten tillegges tilsvarende virkninger. Etter mitt syn kunne dette problemet løses dersom aksjelovenes § 3-8 annet ledd tillot innmelding av redegjørelser med *negativ attestasjon* fra revisor. Selskapene ville i så fall kunne foreta innmelding til Foretaksregisteret, uavhengig av hvilken beslutning revisor kom til ved sin verdivurdering. Med en negativ attestasjon vedlagt redegjørelsen, ville Foretaksregisteret kunne tilgjengeliggjøre ytterligere informasjon om transaksjonen for selskapskreditorene.

¹⁵⁵ Etter å ha henvendt meg til Brønnøysundregistrene, fikk jeg følgende uttalelse: «Dersom melding om redegjørelse mangler bekreftelse fra revisor, jf. aksjelovenes § 3-8 annet ledd første punktum, jf. § 2-6 annet ledd tredje punktum, vil revisors bekreftelse bli etterlyst iht. foretaksregisterloven § 5-2 annet ledd. Dersom svar ikke mottas innen angitt frist, vil meldingen bli sendt i retur iht. § 5-2 første ledd».

4 Saksbehandlingsregler uten ugyldighetsvirkninger - Kan overtredelse likevel medføre ugyldighet? En drøftelse de lege lata.

4.1 Problemstillingen

Så langt i fremstillingen, har jeg problematisert Justisdepartementets uttalelse om at saksbehandlingsreglene i aksjelovenes § 3-8 annet ledd ikke er betingende for selskapets bundethet av avtalen.¹⁵⁶ Spørsmålet har derfor vært om saksbehandlingsreglene bør sidestilles med kravet til generalforsamlingens godkjenning av avtalen etter aksjelovenes § 3-8 første ledd. I fortsettelsen skal jeg imidlertid legge Justisdepartementets uttalelse til grunn, slik at kravene etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd er å forstå som saksbehandlingsregler uten selvstendig innvirkning på avtalens gyldighet.

Spørsmålet er om saksbehandlingsfeil etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd kan ha en slik innvirkning på generalforsamlingens beslutning om å godkjenne avtalen etter aksjelovenes § 3-8 første ledd, at generalforsamlingsvedtaket er ugyldig.

Som nevnt i oppgavens innledning, har spørsmålet klare paralleller til saksbehandlingsreglene i forvaltningsretten, sivilprosessen og straffeprosessen.¹⁵⁷ I relasjon til aksjelovenes § 3-8, har problemstillingen grunnlag i at styrets redegjørelse skal utgjøre informasjonsgrunnlaget for generalforsamlingens vedtak.¹⁵⁸ Dersom denne redegjørelsen er fraværende, mangelfull eller feilaktig, kan det tenkes å påvirke stemmeavgivningen i generalforsamlingen, slik at det blir tvil om vedtakets gyldighet.

På bakgrunn av en dom avsagt av Høyesterett i Rt. 2003 s. 1501, er det i juridisk teori antatt at saksbehandlingsfeil *kan* medføre at avtalen ikke er bindende for selskapet.¹⁵⁹ Antagelsen baserer seg på at saksbehandlingsreglene i aksjelovene § 3-8 annet ledd, er beheftet med et kausalitetskrav rettet mot generalforsamlingens beslutning etter aksjelovene § 3-8 første ledd.¹⁶⁰ Dersom en overtredelse av saksbehandlingsreglene i bestemmelsens annet ledd har hatt relevant innvirkning på generalforsamlingens

¹⁵⁶ Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) s. 48.

¹⁵⁷ Knudsen s. 169.

¹⁵⁸ Abrahamsen s. 364.

¹⁵⁹ Bråthen (2011) s. 59.

¹⁶⁰ Knudsen s. 169.

avgjørelse om å godkjenne avtalen, vil *vedtaket* etter dette være ugyldig.¹⁶¹ Ettersom generalforsamlingens godkjenning på sin side er gyldighetsbetingende for avtalen, vil overtredelsen i så fall medføre at også *avtalen* er ugyldig.

Jeg vil innledningsvis gjøre kort rede for saksforholdet i Rt. 2003 s. 1501 (punkt 4.2). Videre vil jeg vurdere om dommen åpner for at et selskap kan bli ubundet av en avtale etter aksjelovens § 3-8, ved overtredelse av saksbehandlingsregler uten selvstendig gyldighetsvirkning (punkt 4.3). Avslutningsvis vil jeg ta for meg spørsmålet om kausalitet. Det må primært tas stilling til om det gjelder et kausalitetskrav for at ugyldighet skal kunne inntreffe (punkt 4.4.1). Sekundært må det fastsettes hva et slikt kausalitetskrav eventuelt innebærer (punkt 4.4.2).

4.2 Kort om saksforholdet i Rt. 2003 s. 1501

Høyesterett avsa 29. oktober 2003 dom i en sak om tilbakebetaling av utbytte som var utdelt i strid med loven.¹⁶² Det konkrete spørsmålet som ble forelagt Høyesterett, relaterte seg til konsekvensene av at det var begått vesentlige brudd på aksjelovens regler om innkalling til generalforsamlingsmøter. Saken tok derfor ikke for seg de konkrete saksbehandlingsreglene etter aksjelovens § 3-8. Vurderingene ble imidlertid utformet på et tildels generelt grunnlag, og har utvilsomt vesentlig overføringsverdi til øvrige saksbehandlingsregler i aksjelovgivningen. Dommen er derfor antatt å ha prinsipiell betydning utover saker om tilbakebetaling av utbytte, herunder også ved avtaler mellom selskapet og deres nærstående etter aksjelovens § 3-8.¹⁶³

I saken stod tvisten mellom to eiere av et holdingselskap. Den ene var majoritetsaksjonær med en eierandel på ca. 51 % av aksjene, den andre var følgelig i mindretall i kraft av sin eierandel på ca. 49 %. Holdingsselskapets virksomhet var utelukkende relatert til rollen som eneeier av et datterselskap, som på sin side drev virksomhet innenfor reiselivsbransjen. I forbindelse med at holdingselskapet skulle avholde ordinær generalforsamling, ble det ikke sendt ut lovlig innkalling til minoritetsaksjonæren. Uten minoritetsaksjonærens deltakelse, ble det i ordinær

¹⁶¹ Bråthen (2011) s. 59.

¹⁶² Knudsen s. 165.

¹⁶³ *l.c.*

generalforsamling besluttet at det skulle utdeles maksimalt utbytte til aksjonærene. I ettertid gjorde minoritetsaksjonæren gjeldende at utbyttet måtte tilbakebetales selskapet, ettersom vedkommende ikke fikk anledning til å påvirke avgjørelsen om utdeling gjennom personlig deltakelse i generalforsamlingsmøtet. Det var enighet mellom partene om at det besluttede utbyttet beløpsmessig lå innenfor aksjelovgivningens grenser. Videre var utbyttet fordelt forholdsmessig etter aksjonærenes eierandeler i selskapet, majoritetsaksjonæren var med andre ord ikke begunstiget på bekostning av minoritetsaksjonæren i så måte.

De materielle utdelingsreglene i aksjeloven var etter dette ikke forbigått. Tvisten avgrenset seg derfor til om en vesentlig tilsidesettelse av aksjelovens innkallingsregler, under noen omstendighet kunne gi grunnlag for å kreve tilbakebetaling av de utdelte midlene, og om det i så fall måtte oppstilles et kausalitetskrav for at overtredelsen skulle få slike følger.

4.3 Saksbehandlingsfeil som mulig grunnlag for ugyldighet

I den omtalte dommen var påstanden om tilbakebetaling fundamentert i reglene om ulovlige utdelinger i lov 4. juni 1976 nr. 59 om aksjeselskaper § 12-8. Tilsvarende bestemmelse fremgår i dag av aksjelovenes § 3-7, som er utformet tilnærmet identisk.¹⁶⁴ Daværende § 12-8 fastslo at dersom utbetaling til aksjeeier hadde skjedd «i strid med bestemmelsene i denne lov», skulle aksjeeieren tilbakeføre det som var mottatt. Spørsmålet i dommen var om slik strid kun forelå hvor de materielle utdelingsreglene var forbigått, eller om det tilsvarende kunne være tilfelle hvor saksbehandlingsfeilen relaterte seg til generalforsamlingens beslutning om å godkjenne utdelingen.

Et viktig utgangspunkt i dommen, var de alminnelige reglene om søksmål over gyldigheten av generalforsamlingens vedtak. I 1976-loven fremgikk disse av § 9-17, i dag følger de aktuelle reglene tilsvarende av aksjelovenes §§ 5-22 følgende.¹⁶⁵ Reglene fastslår at blant annet aksjonærer kan reise søksmål med påstand om ugyldighet, dersom

¹⁶⁴ Da reglene om ulovlige utdelinger i dagens aksjelovgivning er tilnærmet identiske med det som fremgikk av 1976-loven, vil jeg i fortsettelsen referere til gjeldene lov, herunder aksjelovenes § 3-7.

¹⁶⁵ Da reglene om søksmål av ugyldige generalforsamlingsvedtak i dagens aksjelovgivning er tilnærmet identiske med det som fremgikk av 1976-loven, vil jeg i fortsettelsen referere til gjeldene lov, herunder aksjelovenes §§ 5-22 følgende.

vedtaket er blitt til «på ulovlig måte eller for øvrig er i strid med loven», jf. aksjelovenes § 5-22 første ledd. Til tross for ulike domsbegrunnelser, var det tilsynelatende enighet mellom Lagmannsretten og Høyesterett om at *disse* reglene ikke begrenset seg til søksmål ved overtredelser av aksjelovgivningens materielle regler, også saksbehandlingsfeil kunne utgjøre et mulig søksmålsgrunnlag.¹⁶⁶

Reglene om tilbakebetalingsplikt av ulovlige utdelinger, forutsatte på sin side at utdelingen hadde skjedd «i strid med bestemmelsene i denne lov». Spørsmålet var om ordlyden skulle tolkes tilsvarende, slik at også saksbehandlingsfeil kunne gi grunnlag for søksmål. Her inntok Høyesterett et annet standpunkt enn lagmannsretten.

Lagmannsretten vektla på sin side de ulike uttrykksmåtene, og kom til at reglene om ulovlige utdelinger fordret en materiell overtredelse.¹⁶⁷ I Høyesterett ble lovformuleringene imidlertid antatt ikke å innebære noen realitetsforskjell. Avgjørende var tilsynelatende at ugyldighetssøksmål over generalforsamlingsvedtak i utgangspunktet bare vil gi en fastsettelsesdom på vedtakets ugyldighet, mens et søksmål etter reglene om tilbakebetaling av ulovlige utdelinger på sin side ville resultere i en fullbyrdsdom.¹⁶⁸ For Høyesterett var det med andre ord lite hensiktsmessig dersom en aksjonær skulle få kjent generalforsamlingens vedtak om utdeling ugyldig, uten å kunne fullbyrde kravet på tilbakebetaling av de ulovlige utdelingene. De to regelsettene måtte derfor anses som kompletterende bestemmelser.¹⁶⁹ Som en konklusjon på disse betraktningene uttalte førstvoterende:

«Jeg finner ikke rettskildemessige holdepunkter for å tolke § 12-8 første ledd slik at den bare gjelder brudd på materielle regler, og jeg ser ikke noen god grunn til en slik begrensning. Det er viktig at saksbehandlingsreglene følges for å sikre samtlige aksjonærers og kreditorers interesser».¹⁷⁰

¹⁶⁶ Rt. 2003 s. 1501 (avsnitt 41).

¹⁶⁷ Rt. 2003 s. 1501 (avsnitt 41).

¹⁶⁸ Av de nåværende aksjelovenes § 5-24 annet ledd (§ 9-17 fjerde ledd i 1976-loven), følger det at «dommen bare kan gå ut på endring av beslutningen dersom det nedlegges påstand om det, og retten kan fastslå det innhold beslutningen skulle ha hatt».

¹⁶⁹ Knudsen s. 168.

¹⁷⁰ Rt. 2003 s. 1501 (avsnitt 45).

Et alminnelig prinsipp om at alle generalforsamlingsvedtak i aksjeselskaper og allmennaksjeselskaper *kan* bli ugyldige på grunn av saksbehandlingsfeil, var sikker rett også før dommen.¹⁷¹ Muligheten til å anlegge ugyldighetssøksmål på grunn av saksbehandlingsfeil etter reglene som i dag fremgår av aksjelovene § 5-22 følgende, var jo som vi har sett heller ikke omtvistet i saken.¹⁷² Dommen inneholdt imidlertid et rettsskapende element på dette punktet, ettersom saksøker ikke lenger bare unntaksvis kunne få fullbyrdelsesdom hvor det var begått saksbehandlingsfeil. Dette ble nå hovedregelen, da søksmålet kunne anlegges direkte etter aksjelovene § 3-7.¹⁷³ En slik rettstilstand medførte i forlengelsen også at søksmålskompetansen ikke lenger var begrenset av en *lovfestet* søksmålsfrist på tre måneder fra feilen fant sted, slik tilfellet var ved ugyldighetssøksmål etter aksjelovens § 5-23 første ledd.¹⁷⁴

Spørsmålet er etter dette hvorvidt et tilsvarende utgangspunkt kan legges til grunn, hvor det begås saksbehandlingsfeil etter aksjelovens § 3-8 annet ledd. I så fall vil søksmål kunne reises etter aksjelovens § 3-8 første ledd, hvorpå et medhold i domstolene vil resultere i en fullbyrdelsesdom på at selskapet er ubundet av avtalen. Videre vil en eventuell fremsettelse av krav om selskapets ubundethet, ikke lenger være begrenset av den lovfestede søksmålsfristen i aksjelovens § 5-23 første ledd.

Med utgangspunkt i de betraktninger som ble oppstilt i Rt. 2003 s. 1501, er det etter mitt syn mye som taler for å legge et tilsvarende prinsipp til grunn for saksbehandlingsreglene etter aksjelovens § 3-8. Først og fremst er uttalelsene i dommen gjennomgående utformet for saksbehandlingsregler som sådan. Videre ser jeg ingen grunn til å tillegge innkallingsreglene en særskilt vekt, sammenlignet med saksbehandlingsreglene i aksjelovens § 3-8 annet ledd. Viktigheten av at saksbehandlingsreglene oppfylles gjør seg derfor gjeldende på samme måte, både overfor selskapets kreditorer og aksjonærer. Avslutningsvis ville det gi tilsvarende dårlig sammenheng i aksjelovgivningen om en aksjonær kunne få kjent generalforsamlingens vedtak om å godkjenne avtalen ugyldig, uten at selskapet skulle bli ubundet av avtalen.

¹⁷¹ Knudsen 169.

¹⁷² Rt. 2003 s. 1501 (avsnitt 41).

¹⁷³ Knudsen s. 168.

¹⁷⁴ Se aksjelovene § 5-23 første ledd. Utgangspunktet moderes allikevel av en rekke unntak i bestemmelsenes annet ledd.

Selv om dommen synes relativt klar på dette punkt, er løsningen likevel ikke uproblematisk. Ved å åpne for fullbyrdelsessøksmål mot generalforsamlingens vedtak på grunnlag av saksbehandlingsfeil etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd, vil en også bidra til ytterligere usikkerhet på et allerede uoversiktlig rettsområde. Det foreligger som nevnt ingen lovpålagte søksmålsfrister etter aksjelovenes § 3-8. Uten fastsatte tidsrammer for når selskapet kan kreve seg ubundet av avtalen, blir situasjonen i utgangspunktet svært uforutsigbar for selskapets medkontrahent. Vedkommende ville i så fall risikere å bli offer for selskapets spekulasjon i om avtalen på sikt viste seg å være fordelaktig for selskapet. Som vi skal se er problemet allikevel langt mindre fremtredende enn hva tilfellet ville være om saksbehandlingsreglene etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd hadde vært gyldighetsbetingende for avtalen (se punkt 3.3.2). Årsaken er at generalforsamlingsvedtakets ugyldighet trolig er betinget av et relativt strengt kausalitetskrav.

Søksmålskompetansen ved saksbehandlingsfeil etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd, er etter dette ikke begrenset til ugyldighetssøksmål mot generalforsamlingens vedtak etter aksjelovenes §§ 5-22 følgende. Søksmål kan også fremsettes med påstand om at selskapet er ubundet av avtalen etter aksjelovenes § 3-8 første ledd.

4.4 Spørsmålet om kausalitet

4.4.1 Eksistensen av et kausalitetskrav

Etter at det i dommen ble fastsatt at saksbehandlingsfeil i visse tilfeller *kan* gjøre generalforsamlingens vedtak ugyldig, ble det foretatt en omfattende drøftelse av hvorvidt det må oppstilles et kausalitetskrav for at feilen faktisk skal få en slik virkning.

Som nevnt i redegjørelsen for saksforholdet i Rt. 2003 s. 1501, var det en forbigåelse av innkallingsreglene som utgjorde utgangspunktet for Høyesteretts vurderinger. I relasjon til reglene om ugyldighetssøksmål etter aksjelovenes §§ 5-22 følgende, hadde det i

juridisk teori tidligere dannet seg en oppfatning om at vesentlig tilsidesettelse av akkurat disse saksbehandlingsreglene, uten videre ville medføre ugyldighet.¹⁷⁵

Som vi har sett behandlet imidlertid ikke Høyesterett innkallingsreglene særskilt fra øvrige saksbehandlingsfeil, og oppfatningene i teorien ble således ikke tatt uttrykkelig stilling til.¹⁷⁶ Nærmest tvert imot, ble det i dommen gitt uttrykk for at det var gjennomgående enighet i juridisk litteratur om et foreliggende kausalitetskrav, og at dette måtte oppfylles for at *enhver* saksbehandlingsfeil skulle få betydning etter reglene om ugyldighetssøksmål.¹⁷⁷ Høyesterett sluttet seg til et slikt synspunkt, og konstaterte at generalforsamlingens beslutninger ikke uten videre blir ugyldige etter aksjelovenes §§ 5-22 følgende, dersom det er begått formelle feil.¹⁷⁸ Spørsmålet var imidlertid om et tilsvarende kausalitetskrav måtte legges til grunn, hvor det foreliggende søksmålet var etter reglene om ulovlige utdelinger. Førstvoterende uttalte i denne forbindelse:

«Jeg kan ikke se at det kan være grunn til å vurdere gyldigheten av formelle feil i forbindelse med generalforsamlingsvedtak annerledes i relasjon til et søksmål etter § 12-8 enn etter § 9-17, når det ikke er særlige holdepunkter for noe annet».¹⁷⁹

Gjennom denne uttalelsen fastslår Høyesterett først og fremst at rettsvirkningene av begåtte saksbehandlingsfeil på generelt grunnlag må avgjøres ut fra en kausalitetsvurdering. Det er således uten betydning om det foreligger et ugyldighetssøksmål etter aksjelovenes §§ 5-22 følgende, eller et søksmål om tilbakebetaling av ulovlig utdelte midler etter aksjelovenes § 3-7. I juridisk teori er dommen på dette punkt tillagt en helt prinsipiell betydning, slik at det må oppstilles et kausalitetskrav for *alle* saksbehandlingsfeil etter aksjelovgivningen.¹⁸⁰

Når vi etter dette ser hen til saksbehandlingsreglene i aksjelovenes § 3-8 annet ledd, synes det i teorien å herske en unison oppfatning om at det *eksisterer* et kausalitetskrav,

¹⁷⁵ Mads Henry Andenæs, *Aksjeselskapsrett*, 2. utgave, Oslo 1992 s. 319. Det var antatt at et slikt synspunkt var i tråd med forutsetninger oppstilt i tidligere rettspraksis, se blant annet Rt. 1936 s. 510 og Rt. 1996 s. 346.

¹⁷⁶ Knudsen s. 169.

¹⁷⁷ Rt. 2003 s. 1501 (avsnitt 46).

¹⁷⁸ Rt. 2003 s. 1501 (avsnitt 47).

¹⁷⁹ Rt. 2003 s.1501 (avsnitt 47).

¹⁸⁰ Knudsen s. 169.

altså i tråd med det som ble fastlagt i Rt. 2003 s. 1501.¹⁸¹ Det er imidlertid mer usikkert hva innholdet av dette kausalitetskravet er, og om det varierer med hvilke saksbehandlingsfeil det er tale om. Jeg vil derfor drøfte dette i fortsettelsen.

4.4.2 Kausalitetskravets innhold

4.4.2.1 Kausalitetskravet i Rt. 2003 s. 1501

Kausalitetskravet ble i Rt. 2003 s. 1501 definert som «*et krav om at feilen må ha hatt, eventuelt kunne ha hatt betydning*» for generalforsamlingens beslutning.¹⁸² Det kan stilles spørsmål ved om Høyesterett med dette tilsiktet en prinsipiell utforming av kravet. Trolig var dette ikke tilfellet, det ble tvert imot presisert at innholdet av kausalitetskravet kan formuleres på flere måter.¹⁸³ Behovet for en generell utforming av kravet ble derfor tilsynelatende nedtonet av Høyesterett, mens fokuset heller ble rettet mot de rettslige vurderingene som måtte gjøres for å avgjøre om kravet var oppfylt. I denne forbindelse ble det uttalt:

*«For meg er det tilstrekkelig å peke på at når det gjelder tilsidesettelse av regler som er vesentlige for at aksjonærer skal kunne ivareta sine interesser på generalforsamlinger, må det oppstilles en sterk presumpsjon for at feilen har hatt betydning».*¹⁸⁴

Majoritetsaksjonæren i saken ble på bakgrunn av disse betraktningene ikke hørt med sin anførsel om at generalforsamlingsvedtaket ville ha blitt identisk, uavhengig av om innkalling var tilsendt minoritetsaksjonæren. Retten presiserte at kausalitetskravets oppfyllelse ikke kunne baseres på stemmegivningen, da det ikke kunne utelukkes at den manglende innkallingen hadde avskjært muligheten til diskusjon og nærmere vurdering av utbyttet.¹⁸⁵

Selv om uttalelsen i utgangspunktet relaterte seg til overtredelse av innkallingsreglene, er det hevdet at den oppstiller to klare utgangspunkter for alle saksbehandlingsfeil.¹⁸⁶ For det *første* er det antatt at det ikke kan kreves fremleggelse av bevis på at

¹⁸¹ Se bl.a. Abrahamsen s. 363, Berge s. 83 og Bråthen (2011) s. 59.

¹⁸² Rt. 2003 s. 1501 (avsnitt 46).

¹⁸³ Rt. 2003 s. 1501 (avsnitt 48).

¹⁸⁴ Rt. 2003 s. 1501 (avsnitt 48).

¹⁸⁵ Rt. 2003 s. 1501 (avsnitt 50).

¹⁸⁶ Knudsen s. 170.

saksbehandlingsfeilen har hatt reell betydning for generalforsamlingens avstemning. For det *andre* er det antatt at Høyesterett i fremtidige saker vil operere med et kausalitetskrav, hvis terskel blir lavere med grovere saksbehandlingsfeil.

4.4.2.2 Kausalitetskravet i aksjelovenes § 3-8

Hva gjelder saksbehandlingsreglene etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd, er det i juridisk teori ingen klar konsensus om kausalitetskravets nærmere innhold. Ifølge Abrahamsen og Aase¹⁸⁷ er spørsmålet om saksbehandlingsfeilen er av en slik karakter, at den *kan ha virket inn* på generalforsamlingens beslutning. Berge og Røsås¹⁸⁸ omtaler på sin side kausalitetskravet som et krav om at feilen *har virket inn* på beslutningens innhold. Ingen av betraktningene er i seg selv uforenlige med Høyesteretts prinsipielle uttalelser i Rt. 2003 s. 1501. Som vi har sett, ble det i dommen presisert at kausalitetskravet kan formuleres på flere måter. Slik jeg ser det vil den førstnevnte tilnærmingen allikevel implisere en lempeligere terskel for at generalforsamlingsvedtaket skal kjennes ugyldig, og derav også for at selskapet blir ubundet av avtalen.

Dette gjenspeiles nok også ved at Abrahamsen og Aase¹⁸⁹ oppstiller en hovedregel om at generalforsamlingens godkjenning normalt ikke vil være tilstrekkelig for at avtalen skal være bindende for selskapet, dersom det ikke foreligger en redegjørelse i tråd med aksjelovenes § 3-8 annet ledd. Synspunktet er begrunnet i at styrets redegjørelse skal være det faktiske grunnlaget for generalforsamlingens beslutning. Hvor redegjørelsen da ikke foreligger, kan det vanskelig tenkes noe annet enn at feilen *kan ha fått innvirkning* på utfallet av stemmeavgivningen.

Med utgangspunkt i det som tilsynelatende er et strengere utformet kausalitetskrav, oppstiller Berge og Røsås¹⁹⁰ på sin side en hovedregel om at brudd på saksbehandlingsreglene i aksjelovenes § 3-8 annet ledd *ikke* vil medføre at generalforsamlingsvedtaket blir ugyldig. Synspunktet begrunnes med at det er lite som tilsier at generalforsamlingen ville nektet godkjenning *med* en foreliggende redegjørelse, dersom de allerede har gitt sin godkjenning *uten* at redegjørelsen forelå.

¹⁸⁷ Abrahamsen s. 363.

¹⁸⁸ Berge s. 83 og Bråthen (2011) s. 59.

¹⁸⁹ Abrahamsen s. 364.

¹⁹⁰ Berge s. 83.

En slik betraktning vil langt på vei oppstille en presumsjon for at feilen ikke har hatt innvirkning på generalforsamlingens beslutning.

Den sistnevnte tilnærmingen til kausalitetskravet har utvilsomt flere gode grunner for seg, og har etter mitt syn klare paralleller til vurderingene som ble oppstilt i oppgavens kapittel 3. Dersom terskelen for oppfyllelse av kausalitetskravet er særlig lavt for saksbehandlingsreglene etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd, vil disse i realiteten kunne gjøres gyldighetsbetingende for avtalen. Som vi har sett ville en slik rettstilstand utvilsomt ha vært problematisk, blant annet av hensyn til selskapets medkontrahent (se punkt 3.3.2).

Spørsmålet er imidlertid hvordan de ulike betraktningene står seg i lys av Høyesteretts prinsipielle uttalelser i Rt. 2003 s. 1501. Abrahamsen og Aase har utvilsomt en tilnærming til kausalitetskravet som kan begrunnes i domspremissene, da kravet i begge henseende synes relativt lempelig. Vurderingen Berge og Røsås foretar er i så måte langt mer problematisk, og i utgangspunktet kan den nærmest fremstå som en motsetning til dommen. Høyesterett ga nemlig uttrykk for en sterk presumsjon om at forbigåelser av innkallingsreglene *har innvirkning* på generalforsamlingens beslutning om å utdele utbytte.¹⁹¹ Som vi har sett, oppstiller Berge og Røsås på sin side tilsynelatende en sterk presumsjon for at feilen *ikke har innvirkning* på generalforsamlingens beslutning om å godkjenne avtaler etter aksjelovenes § 3-8. Om en betrakter alle saksbehandlingsregler i aksjelovgivningen som absolutt sidestille, synes de ulike betraktningene således å være lite kompatible.

Jeg kan allikevel ikke se at dommen taler for å sidestille alle saksbehandlingsreglene i aksjelovgivningen på denne måten. Høyesterett begrunnet som nevnt den sterke presumsjonen for at kausalitetskravet var oppfylt, med at saken gjaldt forbigåelse av regler som var vesentlige for at aksjonærer skulle kunne ivareta sine interesser i generalforsamlingen.¹⁹² I juridisk teori, ble nettopp dette tatt til inntekt for et alminnelig prinsipp om at kausalitetskravet er lempeligere jo grovere feil som foreligger.¹⁹³ Slik jeg ser det, vil feilens grovhet etter et slikt prinsipp vurderes med grunnlag i hvilken grad

¹⁹¹ Rt. 2003 s. 1501 (avsnitt 48).

¹⁹² Rt. 2003 s. 1501 (avsnitt 48).

¹⁹³ Knudsen s. 170.

den tilsidesetter aksjonærenes interesser. Når en tilsidesettelse av innkallingsreglene i praksis vil medføre at de berørte aksjonærenes tale- og møterett elimineres,¹⁹⁴ er spørsmålet derfor om konsekvensene vil være like inngripende, hvor selskapet unnlater å fremlegge en revisorbekreftet styredegjørelse etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd.

Det kan nok hevdes at det lempelige kausalitetskravet som ble lagt til grunn for innkallingsreglenes vedkommende i Rt. 2003 s. 1501, er tilsvarende nødvendig for et regelsett, som med mål om å sikre aksjonærene et forsvarlig beslutningsgrunnlag, stiller krav til tilleggsdokumentasjon i forbindelse med særskilte vedtak.¹⁹⁵

Det foreligger imidlertid flere innvendinger mot en slik løsning. Etter mitt syn vil aksjonærinteressene være bedre ivaretatt hvor saksbehandlingsfeilen består i en manglende styredegjørelse, enn hvor den gjelder manglende utsendelse av innkalling til generalforsamlingsmøte. Selv om redegjørelsen skulle være fraværende, er det nemlig ikke slik at *avstemningen over avtalen* etter aksjelovenes § 3-8 første ledd skjer uten aksjonærenes tilstedeværelse, uavhengig av deres posisjon som majoritets- eller minoritetsaksjonær. Dersom generalforsamlingen til tross for et manglende informasjonsgrunnlag fatter vedtak om å godkjenne avtalen, er det dermed lite som taler for at godkjennelse ville ha blitt nektet med en foreliggende redegjørelse.¹⁹⁶ Videre vil aksjonærene ikke fratas muligheten til debatt og meningsutveksling om den forestående avtalen, i motsetning til hva som vil være tilfelle ved overtredelse av innkallingsreglene. I så måte skiller situasjonen seg fra saksforholdet i Rt. 2003 s. 1501.

De foregående betraktningene tilsier at kausalitetskravet ved saksbehandlingsfeil etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd bør være relativt strengt, slik at det må sannsynliggjøres at feilen har virket inn på generalforsamlingens beslutning, dersom deres vedtak om å godkjenne avtalen skal kjennes ugyldig. Dette medfører ikke at saksøker må fremlegge bevis for at feilen har vært utslagsgivende for beslutningen om å godkjenne avtalen.¹⁹⁷ Det må etter mitt syn allikevel kunne påvises en rimelig mulighet for at en foreliggende

¹⁹⁴ Knudsen s. 171.

¹⁹⁵ *ibid* s. 170.

¹⁹⁶ Berge s. 83.

¹⁹⁷ Knudsen s. 170.

redegjørelse fra styret, ville ha medført et annet utfall i stemmeavgivningen under generalforsamlingsmøtet.

4.5 Konklusjon

Hvor styret unnlater å utarbeide en redegjørelse for avtalen etter aksjelovenes § 3-8 annet ledd, *kan* dette medføre at generalforsamlingens vedtak om å godkjenne avtalen etter aksjelovenes § 3-8 første er ugyldig. På bakgrunn av de betraktningene Høyesterett fremsatte i Rt. 2003 s. 1501, kan søksmål om ugyldighet trolig reises i medhold av aksjelovenes § 3-8 første ledd, med påstand om at avtalen ikke er bindende for selskapet.

Forutsetningen for at selskapet skal bli ubundet av avtalen, er at feilen oppfyller et kausalitetskrav. Det må etter mitt syn sannsynliggjøres at en foreliggende redegjørelse fra styret, ville ha medført et annet utfall i stemmeavgivningen under generalforsamlingsmøtet. Med et slikt utgangspunkt er det trolig at selskapet sjelden vil kunne bli ubundet av avtaler etter aksjelovenes § 3-8, på grunn av en manglende styreredegjørelse. Situasjonen må eventuelt være at hele eller deler av generalforsamlingens flertall, har basert sin avgjørelse på utilstrekkelig eller feilaktig informasjon fra styret.

5 Avslutning

Formålet med oppgaven har vært å belyse utvalgte problemstillinger omkring saksbehandlingsreglene i aksjelovenes § 3-8 annet ledd. Som nevnt tidligere, har Høyesterett ikke tatt uttrykkelig stilling til disse spørsmålene, og det samme gjelder til dels juridisk litteratur.

Vi har sett at Justisdepartementets betraktninger i forarbeidene, om at saksbehandlingsreglene i aksjelovenes § 3-8 annet ledd ikke er gyldighetsbetingende for avtalen, er problematiske sett i sammenheng de legislative hensyn bak aksjelovenes § 3-8 (oppgavens punkt 3.3). Det er særlig det tilsiktede kreditorvernet som vanskeliggjør en slik rettstilstand, ettersom innmelding av redegjørelsen til Foretaksregisteret synes å være nødvendig for å synliggjøre avtaleinngåelsen i tråd med lovformålene.

På den annen side er det påvist flere tungtveiende momenter som taler for å begrense forekomsten av gyldighetsbetingende saksbehandlingsregler i aksjelovenes § 3-8. Særlig sentralt står behovet for å beskytte medkontrahentens stilling i avtaleforholdet (se punkt 3.3.2). Nødvendigheten av å tilrettelegge for legitim og strategisk utnyttelse av selskapsstrukturen i konsernforhold, gjennom verdivurderinger basert på konserninteresser, er et moment som trekker i samme retning (se punkt 3.3.1).

Oppgaven har med dette vist at det ikke foreligger entydige svar om hvilke rettsvirkninger som bør tilknyttes saksbehandlingsreglene i aksjelovenes § 3-8 annet ledd. Etter mitt syn fordrer usikkerheten knyttet til bestemmelsen visse klargjøringer fra lovgiver. Dersom saksbehandlingsreglene ikke skal være betingende for avtalens gyldighet, er jeg nemlig i tvil om det foreligger tilstrekkelige insentiver for selskapene til å oppfylle kravene. Riktignok kan overtredelse av slike saksbehandlingsregler i visse tilfeller medføre at *generalforsamlingsvedtaket* er ugyldig, slik at selskapet på dette grunnlaget likevel blir ubundet av avtalen (se punkt 4). En slik ugyldighetsvurdering knytter seg imidlertid utelukkende til informasjonsgrunnlaget for generalforsamlingens beslutning, nemlig styrets redegjørelse for avtalen. Kravet om innmelding av redegjørelsen til Foretaksregisteret, vil med andre ord kunne fremstå som en saksbehandlingsregel uten tilknyttede rettsvirkninger. Dette er utvilsomt lite heldig, da det i praksis vil kunne undergrave det tilsiktede kreditorvernet etter aksjelovenes § 3-8.

Alternativet til en klargjøring fra lovgiver er å avvente domstolenes tolkning av bestemmelsen. Inntil da må nok næringslivet innfinne seg med en viss usikkerhet ved sin anvendelse av aksjelovenes § 3-8 annet ledd.

6 Litteraturliste

Norske lover

Aksjeloven (asl.)	Lov om aksjeselskaper 4. juni 1976 nr. 59 (opphevet).
Aksjeloven (asl.)	Lov om aksjeselskaper 13. juni 1997 nr. 44.
Allmennaksjeloven (asal.)	Lov om allmennaksjeselskaper 13. juni 1997 nr. 45.
Foretaksregisterloven (fregl.)	Lov om registrering av foretak 21. juni 1985 nr. 78.
Revisorloven (revl.)	Lov om revisjon og revisorer 15. januar 1999 nr. 2.

Forarbeider

- NOU 1992: 29 Lov om aksjeselskaper.
- NOU 1996: 3 Ny aksjelovgivning.
- Ot.prp. nr. 36 (1993-1994) Aksjeselskaper (aksjeloven).
- Ot.prp. nr. 4 (1995-1996) EØS-tilpasning av aksjeloven.
- Ot.prp. nr. 23 (1996-1997) Aksjeselskaper og lov om allmennaksjeselskaper.
- Ot.prp. nr. 55 (2005-2006) Aksjelovgivningen mv.

Juridisk litteratur

- Aarbakke m.fl. Aarbakke, Magnus m.fl., *Aksjeloven og allmennaksjeloven kommentarutgave*, 2. utgave (Oslo 2004).
- Abrahamsen Abrahamsen, Thomas og Sindre Aase, «Aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-8 – en regel om avtaler mellom selskap og aksjonær», *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2004:3 s. 341-372.
- Andenæs (1992) Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskapsrett*, 2. utgave (Oslo 1992).
- Andenæs (2006) Andenæs, Mads Henry, *Aksjeselskaper & Allmennaksjeselskaper*, 2. utgave (Oslo 2006).
- Berge Berge, Stig og Lars Eirik Gåseide Røsås, *Avtaler med aksjeeiere og selskapets ledelse mv. - en praktisk fremstilling av aksjeloven/allmennaksjeloven § 3-8* (Oslo 2009).
- Bernt Bernt, Jan Fridthjof og Kai Krüger, «Ugyldighetsbegrepet i

- kontraktsretten og forvaltningsretten», *Samfunn, rett og rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag*, Spydeberg 1986 s. 86-122.
- Bråthen (2003) Bråthen, Tore, «Avtaler mellom selskap og aksjonær i Norsk rett» i *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*, Torsten Iversen, Lars Hedegaard Kristensen, Erik Werlauff (red.) (København 2003) s. 875-893.
- Bråthen (2004) Bråthen, Tore, «Konserninterne transaksjoner», *Magma – Econas tidsskrift for økonomi og ledelse*, 2004 nr. 1, publisert på www.magma.no.
- Bråthen (2006) Bråthen, Tore, «Etterkontrollen av de norske aksjelovene», *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret*, 2006:2 s. 32-46.
- Bråthen (2007) Bråthen, Tore, «Selskapers avtaler med sine aksjonærer og medlemmer av ledelsen», *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret*, 2007:3 s. 65-89.
- Bråthen (2011) Bråthen, Tore, *Moderne Forretningsjus II* (Oslo 2011)
- Haugstvedt Haugstvedt, Jill, «Aksjelovenes § 3-8 – En spesiell avtalerettslig tilblivelsesmangel», *Liten masteroppgave i rettsvitenskap ved Universitetet i Tromsø*, våren 2010.
- Knudsen Knudsen, Gunnar, «Forenkling og modernisering av aksjelovene», 2011, publisert på www.regjeringen.no.
- Knudsen Knudsen, Knud Jacob, «Betydningen av brudd på aksjelovens saksbehandlingsregler», *Nordisk Tidsskrift for Selskabsret*, 2004:2 s. 165-171.
- Ofstad Ofstad, Tone, «Kapitalbeskyttelsesregler og reelle hensyn», *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2005, s. 116-127.
- Perland Perland, Olav, «Kapitalbeskyttelse for enhver pris?», *Tidsskrift for Forretningsjus*, 2004 s. 562-580.
- Sveinsvold Sveinsvold, John, «Kompetanse- og habilitetsregler i aksjeselskap», 2004, publisert på www.justorget.no.
- Truyen (2004) Truyen, Phillip, «Myndighetsmisbruk i aksje- og allmennaksjeselskaper», *Jussens Venner*, 2004 s. 305-328.
- Truyen (2005) Truyen, Phillip, *Aksjonærenes myndighetsmisbruk* (Oslo 2005).
- Woxholth Woxholth, Geir, *Selskapsrett*, 4. utgave (Oslo 2012).

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1936 s. 510

Rt. 1996 s. 346

Rt. 2003 s. 1501

Lagmannsrettene

LB-2009-68016

LG-2002-00714

Offentlige uttalelser

- Justisdepartementets Lovavdeling, prinsippfortolkning 4. juli 2008, publisert på www.regjeringen.no

Standarder

- Den Norske Revisorforeningen, «Attestasjonsstandard SA 3802», *Revisors uttalelser og redegjørelser etter selskapslovgivningen*, 2008.
- Den Norske Revisorforeningen, «Attestasjonsstandard SA 3802 - Eksempelsamling», *Revisors uttalelser og redegjørelser etter selskapslovgivningen*, 2008.

Øvrige kilder

- Brønnøysundregistrenes årsmelding 2000, publisert på www.brreg.no.
- Brønnøysundregistrenes årsmelding 2010, publisert på www.brreg.no.

